Die Übernahme des von einer offenen Handelsgesellschaft betriebenen Geschäfts durch einen der beiden Gesellschafter im Falle des § 142 HGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Walther Klemm

Referendar aus Dresden.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Meiner geliebten Mutter

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
	A. I. Die Voraussetzung der Geschäftsübernahme	4
§ 2.	1. Das Vorliegen von Ausschließungstatsachen	4
§ 3.	2. Die Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters	12
§ 4.	3. Die Konkurseröffnung über das Privatvermögen eines Gesellschafters	23
§ 5.	II. Der Zeitpunkt der Geschäftsübernahme	26
	B. Die Wirkungen der Geschäftsübernahme.	
	I. Die Wirkungen im allgemeinen.	
§ 6.	1. Der Übergang des Geschäftes auf den an der Auflösung unschuldigen Gesellschafter	28
§ 7.	2. Die Eintragung ins Handelsregister	39
§ 8.	3. Die Firma	44
§ 9.	4. Das Erlöschen des Konkurrenzverbotes	48
§ 10.	5. Der Einfluß der Geschäftsübernahme auf schwebende Prozesse	51
	II. Die Wirkungen der Geschäftsübernahme gegenüber Dritten in vermögensrechtlicher Hinsicht.	
§ 11.	A. Die Auseinandersetzung im allgemeinen	58
	B. Die Auseinandersetzung im besonderen.	
	I. Im Verhältnis der Gesellschafter untereinander.	
§ 12.	1. Die Rechte	61
§ 13.	2. Die Pflichten	72
§ 14.	II. Im Verhältnis zu Dritten	75
§ 15.	Anhang: Die Rückwirkung	80

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546827_0151

Literaturverzeichnis.

Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.

Anschütz, Dr. Aug., u. **v. Völderndorff, Dr. Frhr.,** Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Aufl., besorgt von Ph. Allfeld. Erlangen 1894.

Bolze, A., Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.

Biermann, A., Das Sachenrecht. 2. Aufl. Berlin 1900.

Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung, herausgegeben von A. Lobe.

Cosack, K., Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1901, 4. Aufl. 1904.

Cosack, K., Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Aufl. 1898.

Crome, C., System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

Dernburg, H., Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 2 Abt. 2 3. Aufl. 1905, Bd. 3: Sachenrecht, 4. Aufl. 1908.

Deutsche Juristenzeitung, begründet von Laband, Stenglein und Staub.

Dorst, Folgerungen aus dem Urteile des Reichsgerichts Bd. 65 S. 227. In der Zeitschrift für das Notariat, herausgegeben vom Verein für das Notariat in Rheinpreußen, 52. Jahrg. 1907 Nr. 11 S. 279 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Endemann, F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 u. 2. 8. Aufl. Berlin 1905.

Fuchs, E., Grundbuchrecht. Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Grundbuchordnung. Berlin 1902—1905.

Gaupp, L., u. **Stein,** Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Kommentar. 8./9. Aufl. Tübingen 1907.

Gierke, Otto, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach neuem Rechte. 2. Aufl. Berlin 1902.

Gierke, Otto, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

Goldmann, S., Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 1 u. 2. Berlin 1901—1905.

Habicht, Herm., Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. 3. Aufl. Jena 1901.

v. Hahn, Dr. Friedrich Frhr., Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 4. Aufl.

Hergenhahn u. **Dr. Tuchatsch,** Die offene Handelsgesellschaft. Leipzig 1894.

Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Dr. L. Kuhlenbeck.

Jahrbuch des deutschen Rechts, herausgegeben von Neumann, Jahrg. 1908.

Keyßner, Hugo, Die Erhaltung der Handelsgesellschaft. Berlin 1870.

Knoke, Dr. Paul, Das Recht der Gesellschaft. In Fischers Abhandlungen Bd. 7. Jena 1901.

Lastig, Gustav, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften. Halle 1900.

Lehmann, K., u. **Ring, V.,** Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1902.

Lehmann, K., Lehrbuch des Handelsrechts. 1908.

Makower, F., Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Berlin 1905.

Maenner, C., Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung. 2. Aufl. München 1906.

Markus, Dr., Der Rechtscharakter der Übernahme des Geschäfts im Falle des § 142 Abs. 1 HGB. In Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen Bd. 15.

Markus, Dr., Die Gesellschaftskündigung seitens eines Gläubigers eines Gesellschafters und deren Rechtsnatur gemäß § 725 BGB., § 135 HGB. Ebenda Bd. 16.

Markus, Dr., Zur Natur des Kündigungsrechtes in den Fällen des § 725 BGB., § 135 HGB. und § 66 GenG. In der Juristischen Wochenschrift 1907.

Oertmann, Dr. Paul, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.

Oberneck, H., Das Reichsgrundbuchrecht. 3. Aufl. Berlin 1904.

Planck, Dr., Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1 u. 2. 3. Aufl. 1903—1906.

Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechtes.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Sohm, Rudolf, Der Gegenstand. Leipzig 1905.

Staub, Dr. Herm., Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6./7. Aufl. Berlin 1899.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, bearbeitet von Könige, Dr. Stranz und Pinner. 8. Aufl. Berlin 1906.

v. Staudinger, J., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 3./4. Aufl. München 1908.

Turnau, D., u. **Förster, R.,** Das Liegenschaftsrechts nach den deutschen Reichsgesetzen. Bd. 1: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. 1906.

Wach, Dr. Adolf, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. Leipzig 1885.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt.

Einleitung.

§ 1.

Während das alte deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 für den Fall, daß bei einer aus mehr als zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft in der Person des einen Gesellschafters ein das Auflösungsbegehren rechtfertigender wichtiger Grund eintrat, sowie im Falle der Kündigung der Gesellschaft durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters oder der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters in den Art. 128 u. 132 den anderen Gesellschaftern das Recht gab, durch Richterspruch oder durch auf Grund eines von ihnen gefaßten Beschlusses abgegebene Erklärung das Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters aus der Gesellschaft beim Fortbestehen derselben unter ihnen herbeizuführen, versagte eine entsprechende Anwendung dieser Artikel auf den Fall, daß die Gesellschaft nur aus zwei Gesellschaftern bestand.

Denn wie schon das Wort Gesellschaft sagt, ist Voraussetzung für ihr Bestehen eine Mehrheit von Personen. Vermindert sich der Personenbestand bis auf einen, so kann von einer Gesellschaft nicht mehr die Rede sein. Dieselbe verfällt dann der Auflösung, und falls eine andere Form der Auseinandersetzung nicht vereinbart ist, muß die Liquidation eintreten. Diese hat aber die vollständige Auflösung des früheren Gesellschaftsverhältnisses zum Endzweck, also auch die Vernichtung des Handelsgeschäftes, welches von der nunmehr aufgelösten Handelsgesellschaft betrieben wurde. Damit konnte aber unter Umständen für den unschuldigen Gesellschafter ein schwerer wirtschaftlicher Nachteil verbunden sein, zumal im Falle der Kündigung durch einen Privatgläubiger und der Konkurseröffnung

über das Vermögen seines Mitgesellschafters die Auflösung ipso jure eintreten mußte.

Daß hier eine Lücke im Gesetz vorlag, war wohl schon zur Zeit der Abfassung des alten deutschen Handelsgesetzbuchs erkannt worden. In der 1. Lesung desselben war ein Artikel enthalten, der die Bestimmungen über das Ausscheiden und die Ausschließung von Gesellschaftern auch für den Fall, daß die Gesellschaft nur aus zwei Personen bestünde oder nach dem Ausscheiden oder der Ausschließung mehrerer Gesellschafter das Geschäft der Gesellschaft von nur einem derselben fortgesetzt werde, entsprechend für anwendbar erklärte. In der 2. Lesung ist dieser Artikel wieder gestrichen worden.[1] Die Rechtsprechung nahm daher allgemein an, daß die Bestimmungen der Art. 128 u. 132 Ausnahmebestimmungen seien und keine Anwendung auf die Fälle finden könnten, wo eine Gesellschaft überhaupt nicht mehr fortbestehe.[2] Zwar war dadurch die Möglichkeit der Geschäftsübernahme überhaupt nicht ausgeschlossen. Dieselbe konnte, nachdem die Auflösung, sei es durch Klage auf Auflösung, sei es infolge Kündigung eines Privatgläubigers oder Konkurseröffnung über das Vermögen des einen Gesellschafters, eingetreten war, im Wege der Einigung mit dem anderen Gesellschafter oder dem Privatgläubiger bezw. dem Konkursverwalter dahin, daß an Stelle der Auseinandersetzung die Übernahme des Geschäfts durch den an der Auflösung unschuldigen Gesellschafter erfolgen sollte, herbeigeführt werden. Diese Einigung war aber natürlich nicht immer zu erzielen, besonders nicht im Falle der Auflösungsklage. Wurde sie verweigert, so mußte infolge des Ausnahmecharakters der Art. 128 u. 132 die Liquidation eintreten.[3]

Da, wie die Denkschrift[4] ausführt, an dieser Rücksicht das berechtigte Interesse desjenigen Gesellschafters, welcher zur Auflösung der Gesellschaft keinen Anlaß gegeben hatte, nicht

---

[1] v. Hahn Exk. zu Art. 132 § 1.

[2] ROHG. Bd. 11 S. 160, Bd. 18 S. 396, Bd. 20 S. 244; RG. Bd. 7 S. 121, Bd. 24 S. 136.

[3] Lehmann § 142 Nr. 1 S. 307.

[4] Denkschr. S. 102.

scheitern dürfe, erschien es geboten, daß auch in solchem Falle dem betreffenden Gesellschafter die Möglichkeit gegeben werde, die Liquidation des Geschäftes durch Übernahme desselben mit Aktiven und Passiven unter Abfindung des anderen Gesellschafters zu verhüten.

Auf diesem Gesichtspunkte beruht die Vorschrift des § 142 HGB., die in Anlehnung an die Art. 577, 578 des schweizerischen Obligationenrechts im neuen Handelsgesetzbuch geschaffen worden ist.

Die Voraussetzungen und Wirkungen der Geschäftsübernahme in diesem Falle darzulegen, soll im folgenden versucht werden.

A. I. Die Voraussetzungen der Geschäftsübernahme.

§ 2.

1. Das Vorliegen von Ausschließungstatsachen.

Der Abs. 1 des § 142 HGB. bestimmt, daß wenn in der Person des einen der beiden Gesellschafter die Voraussetzungen vorliegen, welche bei einer aus einer Mehrheit von Gesellschaftern gebildeten offenen Handelsgesellschaft seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig machen würden, der andere Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gerichte für berechtigt erklärt werden kann, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

Die Voraussetzungen des Übernahmerechts sind also doppelte:

1. in materieller Hinsicht das Vorliegen eines für den Fall einer mehrgliederigen Gesellschaft die Ausschließung eines Gesellschafters rechtfertigenden Grundes und
2. in formeller Hinsicht ein auf Geschäftsübernahme gerichteter Antrag des anderen Gesellschafters.

1. Das Vorliegen eines die Ausschließung rechtfertigenden Grundes.

Wie schon das Wort Ausschließung besagt, handelt es sich um ein unfreiwilliges Aufgeben der Gesellschafterrechte. Im Gegensatz dazu steht die Geltendmachung von auf zivilrechtlichen Grundsätzen beruhenden Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründen. Beim Vorliegen solcher Gründe ist nach § 142 BGB. der Gesellschaftsvertrag nichtig, seine Lösung wird also aus anderen Gründen erstrebt.[5]

Um dem einen der beiden Gesellschafter das Recht, die Übernahme des Geschäftes zu verlangen, zu geben, muß in der

[5] Staub Einl. zu § 133 Abs. 2 S. 503.

Person des anderen die Voraussetzung vorliegen, welche bei einer mehrgliederigen Gesellschaft die Ausschließung des betreffenden Gesellschafters zulassen würde.

Über die Voraussetzung der Ausschließung handelt § 140 HGB. Dieselbe besteht in dem Vorliegen eines wichtigen Grundes, der nach § 133 HGB. das Recht, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, rechtfertigen würde.

Das Gesetz verlangt ausdrücklich in § 140, daß die Gründe in der Person des betreffenden Gesellschafters liegen müssen, und verweist bezüglich derselben nur auf die in § 133, nicht aber auf die in § 131 aufgezählten. Diese scheiden damit ohne weiteres aus. Eine Hineinziehung der Auflösungsgründe des § 131 wäre auch um deswillen unmöglich, weil diese in der Mehrzahl ipso jure die Auflösung der Gesellschaft zur Folge haben, es also nicht noch einer gerichtlichen Feststellung darüber bedarf, ob diese Tatsachen wichtige Gründe sind.[6] Es müssen ferner ohne weiteres die Gründe ausscheiden, welche in der Person des anderen, die Übernahme verlangenden Gesellschafters oder in etwa eingetretenen veränderten Verhältnissen liegen, wenn sie auch sonst nach § 133 einen das Auflösungsbegehren rechtfertigenden Grund bilden würden.[7] Nicht notwendig ist, daß der in der Person des Auszuschließenden liegende Umstand ein verschuldeter ist, das Gesetz sagt nur, daß der Grund in der Person des betreffenden Gesellschafters liegen müsse.[8] Dies kann aber sehr wohl eintreten, ohne daß ein Verschulden vorliegt, so wird z. B. infolge geistiger Krankheit eingetretene Geschäftsunfähigkeit einen unverschuldeten Ausschließungsgrund bilden. Der mit der Bestimmung des § 133 im Sinne übereinstimmende Art. 125 a. HGB. zählte in Abs. 3 eine große Anzahl von das Auflösungsverlangen rechtfertigenden Gründen auf und unter Nr. 5 als Grund das Unfähigwerden des Gesellschafters zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesell-

---

[6] Staub § 140 Anm. 2 S. 526; v. Hahn § 2 zu Art. 128.

[7] Goldmann § 140 Anm. 2 S. 627.

[8] Lehmann § 140 Nr. 5 S. 305; Makower § 140 Ic S. 374; Staub § 140 Anm. 3 S. 526.

schaft durch andauernde Krankheit oder aus anderen Ursachen. Daraus geht deutlich hervor, daß das Gesetz ein Verschulden nicht für erforderlich hielt. Der § 133 n. HGB. enthält keine Aufzählung der Auflösungsgründe, nennt nur beispielsweise in Abs. 2 die vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung der einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden Verpflichtungen oder die Erfüllungsunmöglichkeit einer solchen.

Über die Frage, ob der Grund „ein wichtiger ist", entscheidet das richterliche Ermessen, und zwar hat der Richter zu prüfen, ob ein gemäß § 133 für wichtig zu erachtender Grund, welcher sich in der Person eines Gesellschafters ereignet hat, für wichtig auch nach der Richtung zu gelten hat, daß die Ausschließung dieses Gesellschafters sich rechtfertigt.

In dieser Beziehung hat das Reichsgericht in einer Entscheidung in Bd. 24[9] bemerkenswerte Grundsätze aufgestellt, und zwar werden diese Grundsätze, welche für den Art. 128 a. HGB., dem im n. HGB. § 140 entspricht, aufgestellt sind, entsprechend für eine Klage aus § 142 Abs. 1 anzuwenden sein.

„Ist der Antrag auf Ausschließung gestellt, so ist zunächst zu prüfen, ob ein Grund vorliegt, der im Sinne des Art. 125 (§ 133) wichtig genug ist, daß aus demselben würde auf Auflösung erkannt werden können. Für diese Untersuchung ist dem Richter durch beispielsweise Aufzählung einzelner Gründe eine gewisse Direktive gegeben, ohne daß dadurch seinem Ermessen eine Schranke gezogen wäre. Der Gesetzgeber weist namentlich auch nicht etwa darauf hin, nur ein solcher Grund sei für wichtig zu erachten, welcher auf Verschulden eines Gesellschafters beruht oder überhaupt in dessen Person liegt. Es ist auch nicht erforderlich, daß ein einzelnes Moment für sich als durchschlagend hervortritt, verschiedene Umstände können in ihrer Verbindung und vielleicht erst durch dieselbe als wichtiger Grund erscheinen, und es können auf diese Weise namentlich auch in der Person verschiedener Gesellschafter liegende Umstände zusammen in Betracht kommen; ja es ist nicht ausgeschlossen, daß dabei ein in der Person des Antragenden

[9] RG. Bd. 24 S. 136ff.

liegender Grund berücksichtigt werde. Die Wirkung der Anerkennung der Wichtigkeit eines Auflösungsgrundes oder einer Mehrheit von solchen ist, daß auf Antrag eines einzelnen Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft vom Richter auszusprechen ist, und daß infolge davon Liquidation eintritt ... Wenn es sich um Anwendung des Art. 128 (§ 140) handelt, liegt dem Richter noch eine weitere Denkoperation ob als bei Anwendung des Art. 125 (§ 133) ... Die Auflösung der Gesellschaft ist an sich eine alle Gesellschafter gleichmäßig berührende rechtliche Tatsache. Anders bei Art. 128 (§ 140). Die Ausschließung ist gegen den einzelnen Gesellschafter gerichtet. Dieser wird in besonderer Weise von ihr getroffen. Der Richter hat darum zu untersuchen, ob zur Herbeiführung dieses besonderen Erfolges ein besonderer Grund vorliegt. Allerdings beschränkt Art. 128 (§ 133) die Ausschließung nicht auf den Fall des Verschuldens des Auszuschließenden. Nur ‚in der Person desselben' muß der Grund liegen, und das kann auch ohne Verschulden desselben vorkommen, wie z. B. im Falle des Art. 125 Abs. 3 Nr. 5 (Unfähigwerden des Gesellschafters zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft, durch anhaltende Krankheit oder durch andere Ursachen). Allein gerade der Umstand, daß die Spitze der gesetzlichen Bestimmung gegen einen einzelnen Gesellschafter gerichtet ist, welcher zugunsten der übrigen Gesellschafter in eine unvorteilhafte, jedenfalls in eine von ihm nicht gewollte Lage versetzt werden soll, weist darauf hin, daß der Richter im Sinne des Gesetzgebers handelt, wenn er die Frage, ob der Aufhebungsgrund verschuldet ist oder nicht, in den Kreis seiner Betrachtungen zieht, und wenn er bei Prüfung der Wichtigkeit des geltend gemachten Ausschließungsgrundes einen strengen Maßstab verwendet."

Auf der anderen Seite wird der Richter auch das Verhalten des anderen Gesellschafters zu berücksichtigen haben, und ein eventuelles vertragswidriges Verhalten desselben wird zum Zwecke der Kompensation des Verschuldens geltend gemacht werden können. Ebenso wird bei der Entscheidung der Frage, ob der Grund wichtig sei, das Verhalten des anderen Gesellschafters, der es nicht besser gemacht hat, dem geltend ge-

machten Grunde, der an sich unter anderen Verhältnissen geeignet wäre, das gestellte Verlangen zu rechtfertigen, den Charakter der Wichtigkeit nehmen können.[10]

Daß eine Schädigung der Gesellschaft eingetreten ist, wird nicht erfordert. Dieselbe kann vielmehr durch Dazwischentreten von Umständen abgewendet worden sein, und ein Schaden braucht überhaupt nicht in Frage zu kommen, trotzdem kann ein wichtiger, die Ausschließung rechtfertigender Grund vorliegen, der Grund kann so schwerwiegend sein, daß dem anderen Gesellschafter eine Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.[11]

Der Gesellschaftsvertrag kann auch absolute Ausschließungsgründe festsetzen,[12] Gründe, welche unter allen Umständen den Antrag auf Aufschließung rechtfertigen sollen; auch wird eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage für zulässig zu erachten sein, daß Umstände, welche an und für sich einen Ausschließungsgrund darzustellen geeignet wären, zumal solche, welche nicht ein Verschulden eines Gesellschafters in sich schließen, z. B. anhaltende Krankheit, einen Grund zur Ausschließung nicht bilden sollen. Ihre Grenzen finden alle diese Abmachungen aber an den Verbotsgesetzen und den Vorschriften über die guten Sitten. So würde es z. B. den guten Sitten zuwiderlaufen, wenn im Gesellschaftsvertrage bestimmt wäre, daß ganz geringfügige Versehen einen Grund zur Ausschließung im Sinne des § 140 bilden könnten.

Die Rechtsprechung hat bezüglich der Frage, welche Gründe für wichtig zu erachten sind, nach den verschiedensten Seiten hin sich auszusprechen gehabt.[13]

---

[10] Staub § 140 Anm. 3 S. 526; Makower § 140 Ic S. 374; Lehmann § 140 Nr. 5 S. 305; Goldmann § 140 Anm. 13 S. 629; RG. Bd. 24 S. 139.

[11] Staub § 140 Anm. 3 S. 526.

[12] RG. Bd. 24 S. 140; Staub § 140 Anm. 4 S. 526; Makower § 140 IV S. 375; Goldmann § 140 Anm. 15 S. 629.

[13] ROHG. Bd. 10 S. 436, Bd. 20 S. 244, 247, 265, Bd. 24 S. 310; Bolze Bd. 8 Nr. 554; Seufferts Arch. Bd. 22 Nr. 64; Rechtspr. d. OLG. Bd. 13 S. 427; Hergenhahn-Tuchatsch S. 31 u. 105; Staub § 140 Anm. 5 S. 526; Lehmann § 133 Nr. 5 S. 291; Goldmann § 140 Anm. 14 S. 629.

2. Das Vorliegen eines auf die Geschäftsübernahme gerichteten Antrags.

In formeller Hinsicht hat die Ausübung des Übernahmerechtes einen Antrag des unschuldigen Gesellschafters zur Voraussetzung, und zwar ist dieser Antrag in Form der Klage zu stellen. Für den Fall, daß die Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegeben sind, kann der Antrag auch auf deren Erlaß gerichtet werden.[14] Kläger bezw. Antragsteller ist der Gesellschafter, welcher einen Grund zu haben glaubt, den Ausschluß des anderen Gesellschafters und die Übernahme des Geschäftes auf seine Person zu verlangen. Den Klaggrund bildet das Vorliegen einer justa causa in der Person des anderen Gesellschafters, gegen den die Klage gerichtet ist. Einer vorherigen Aufforderung an den Beklagten, in Auflösung der Gesellschaft und Übernahme des Geschäftes durch den Kläger zu willigen, bedarf es auch der Kosten wegen nicht, weil ja der Beklagte jedenfalls durch sein Verhalten, gleichgültig ob es verschuldet oder unverschuldet war, Anlaß zur Klagerhebung gegeben haben muß.[15] Der Klagantrag geht dahin, zu erkennen, daß der Kläger berechtigt ist, das Geschäft mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation zu übernehmen.[16] Das bedeutet nicht, daß der Kläger nunmehr noch das Recht habe, zu erklären, ob er das Geschäft übernehmen wolle oder nicht. Dieses Recht hat er mit Erhebung der Klage ausgeübt, mit der Rechtskraft des Urteils tritt die Übernahme des Geschäftes ein, das Urteil wirkt also konstitutiv. Die von Lehmann[17] aufgestellte Ansicht, daß das Urteil dem Kläger nur ein Recht zur Übernahme gebe, kann nicht gebilligt werden. Das Urteil ergeht ja auf Antrag des anderen Gesellschafters. Es schafft nicht ein Recht desselben, sondern es stellt die von dem einen Gesellschafter seinem Mitgesellschafter gegenüber durch die Erhebung der Klage abgegebene Willenserklärung als berechtigt

[14] Goldmann § 142 Anm. 2 S. 634; Staub § 140 Anm. 1 S. 525; Makower § 140 IIb S. 374.

[15] Staub § 140 Anm. 1 S. 525, § 133 Anm. 5 S. 504.

[16] Staub § 142 Anm. 2 S. 536; Goldmann § 142 Anm. 6 S. 634.

[17] Lehmann § 142 Nr. 2 S. 308.

fest. Mit der Rechtskraft des Urteils tritt der durch die Klagerhebung gewollte Zustand ein; auf die hieraus entstehenden Rechtsfolgen hat auch der beseitigte Gesellschafter ein Recht und ein Interesse, denn er erhält nunmehr das Recht, sein Abfindungsguthaben zu verlangen.[18]

Makower,[19] der in der 12. Aufl. die von Lehmann noch vertretene Ansicht billigte, ist in der 13. Aufl. zur gegenteiligen Meinung übergegangen.

Das Gesetz sagt, daß der unschuldige Gesellschafter auf seinen Antrag zur Geschäftsübernahme für berechtigt erklärt werden kann. Das bedeutet, daß der Richter, wenn die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, auf Berechtigung zur Geschäftsübernahme erkennen muß, nicht etwa, daß es nur rechtlich zulässig sei, darauf zu erkennen.[20]

Wie schon gesagt, muß der Klagantrag auf Berechtigungserklärung zur Übernahme gerichtet sein, d. h. ein dahingehender Antrag ist nicht etwa in der auf Auflösung gerichteten Klage nach § 133 HGB. zu erblicken. Lehmann führt in dieser Hinsicht aus, daß die Klage aus § 142 Abs. 1 eine auf Auflösung der Gesellschaft und eine eigentümliche Form der Auseinandersetzung gerichtete sei,[21] und legt als notwendige Folge dieser Ansicht dar, daß das Urteil auf Auflösung der Gesellschaft unter Beobachtung der eigentümlichen Form der Auseinandersetzung in Gestalt der Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven gehen müßte; daß der der ursprünglich auf Auflösung gerichteten Klage hinzugefügte Antrag, den Kläger für berechtigt zu erklären, das Geschäft mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation zu übernehmen, nur als eine nach § 268 ZPO. zulässige Klagerweiterung zu gelten habe, und daß der Richter bei einer derartigen Klage möglicherweise nur dem Antrag auf Auflösung, nicht aber dem auf Geschäftsübernahme stattgeben könne, und zwar deshalb, weil, wie man ergänzend annehmen muß, sehr wohl ein als Klaggrund geltend gemachter Umstand die Auf-

[18] Staub § 142 Anm. 2 S. 536; Goldmann § 142 Anm. 6 S. 634.
[19] Makower 12. Aufl. § 142 Id S. 279, 13. Aufl. § 142 Ia 3 S. 377.
[20] Planck Bd. 1 Einl. IV,4 S. 27.
[21] Lehmann § 142 Nr. 2 S. 308.

lösung der Gesellschaft rechtfertigen kann, ohne aber die Möglichkeit zu bieten, weil er nicht in der Person des anderen Gesellschafters liegt, dessen Ausschließung zu rechtfertigen.

Diese Ansicht Lehmanns[22] ist m. E. deshalb nicht zutreffend, weil das Gesetz als Klaggrund ausdrücklich das Vorliegen eines Umstandes verlangt, welcher bei einer mehrgliederigen Gesellschaft die Ausschließung des betreffenden Gesellschafters rechtfertigen würde, nicht aber diese Möglichkeit beim Vorliegen von Auflösungstatsachen im Sinne von § 131 HGB. einräumt. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Ausschließung des einen der beiden Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft in den Fällen des § 142 zur natürlichen Folge hat. Die Klage aus Abs. 1 § 142 ist eine der in § 141 für die mehrgliederige Gesellschaft geregelten Klage analog gebildete. Der Antrag auf Berechtigung zur Geschäftsübernahme kann ferner sehr wohl anstatt als direkter Klagantrag in Form des Widerklagantrages für den Fall gestellt werden, daß der andere Gesellschafter wegen eines in seiner eigenen Person liegenden Grundes auf Auflösung der Gesellschaft geklagt hat.[22]

Hier kann der beklagte Gesellschafter verlangen, daß an Stelle der Liquidation die Auseinandersetzung in der Weise geregelt wird, daß er für berechtigt erklärt wird, das Geschäft mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation zu übernehmen.

Zuständig für die Klage aus § 142 Abs. 1 ist nach § 22 ZPO. das Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, daneben ist aber auch das Gericht zuständig, bei welchem der an der Auflösung schuldige Gesellschafter seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Die Geschäftsübernahme erfolgt durch richterliches Urteil, und zwar tritt die Auflösung der Gesellschaft und die Geschäftsübernahme mit der Rechtskraft des Urteils ein; das Urteil hat also konstitutive, nicht deklaratorische Wirkung.[23] Es steht nicht im Belieben des Richters, diesen Termin weiter hinaus-

---

[22] Lehmann § 140 Nr. 3 S. 305; Staub § 140 Nr. 1 S. 525.

[23] Staub § 140 Anm. 6 S. 527; Goldmann § 142 Anm. 6 daa S. 634; Makower § 140 IIIa S. 374; Lehmann § 140 Nr. 5 S. 305.

zuverlegen. Dagegen ist für die Auseinandersetzung die Vermögenslage zur Zeit der Klagerhebung maßgebend; die in § 140 Abs. 2 für die Ausschließungsklage geltende Vorschrift hat gemäß Abs. 3 zu § 142 hier entsprechende Anwendung zu finden.[24]

Die Folge des § 142 Abs. 1 kann durch Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden.[25] Nicht möglich ist aber eine Vertragsbestimmung dahingehend, daß der eine Gesellschafter beim Vorhandensein der Voraussetzungen des Abs. 1 durch Kündigung die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen und das Geschäft auf Grund einseitiger dahingehender Erklärung übernehmen könne, so daß das Urteil des Prozeßrichters nur deklarative, nicht konstitutive Wirkung hätte, falls der auf diese Weise aus der Gesellschaft ausgeschlossene Gesellschafter sich bei der Maßnahme seines Mitgesellschafters nicht beruhigte.[26] Eine derartige Vereinbarung würde jeden der beiden Gesellschafter der Willkür des anderen preisgeben und zu großen Unzuträglichkeiten und zur Rechtsunsicherheit führen, da es sehr wohl denkbar ist, daß der Richter nicht zu der Überzeugung kommt, daß der geltend gemachte Kündigungsgrund als wichtig zu erachten sei, und infolgedessen die erfolgte Geschäftsübernahme als unzulässig bezeichnen müßte.

§ 3.

2. Die Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters.

Während bei einer aus mehr als zwei Mitglieder bestehenden offenen Handelsgesellschaft im Falle der Kündigung der Gesellschaft durch den Privatgläubiger eines der Gesellschafter

---

[24] Lehmann § 140 Nr. 6 S. 305; Goldmann § 142 Anm. 16 S. 636; Staub § 140 Anm. 6 S. 527, § 142 Anm. 4 S. 537; Makower § 142 V S. 377.

[25] Lehmann § 142 Nr. 5 S. 309; Makower § 142 Ib S. 377; Goldmann § 142 Anm. 9 S. 635.

[26] Goldmann § 140 Anm. 16 S. 630; Makower § 140 IV S. 375; Staub § 140 Anm. 6 S. 527; Aal in JurW. 1903 S. 393; RG. im Sächs. Arch. Bd. 7 S. 122; a. A. Lehmann § 142 Nr. 5 S. 308.

den übrigen das Recht gegeben ist, durch Erklärung gegenüber dem Privatgläubiger, daß die Gesellschaft unter ihnen fortgesetzt werden solle, die Auflösung der Gesellschaft und die Liquidation zu vermeiden,[27] hat bei einer zweigliederigen Gesellschaft derjenige Gesellschafter, welcher an der Auflösung infolge Kündigung durch einen Privatgläubiger unschuldig ist, das Recht, das Geschäft mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation zu übernehmen, und zwar übt er dieses Recht aus durch eine dem Privatgläubiger gegenüber abzugebende darauf gerichtete Erklärung.

Daß das Gesetz dem Privatgläubiger eines Gesellschafters ein Kündigungsrecht eingeräumt hat, hat seinen Grund darin, daß solange die Gesellschaft besteht, er aus dem Mangel des Zugriffes in das Gesellschaftsvermögen nur sehr schwer Befriedigung finden kann, wenn die anderen Zwangsvollstreckungsmaßregeln versagt haben; der Bestand des Gesellschaftsvermögens ist für ihn unantastbar. Während des Bestehens der Gesellschaft ist für ihn nur der realisierbare Anspruch des Gesellschafters auf den Gewinnanteil pfändbar. Dieser wird aber oft nicht zur Befriedigung seiner Ansprüche ausreichen. Er kann dann nur noch das Auseinandersetzungsguthaben, welches für den Fall der Auflösung der Gesellschaft seinem Schuldner zustehen würde, pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Denn dieser Anspruch ist nach der hier ergänzend anzuwendenden Bestimmung des § 717 BGB. übertragbar und daher auch der Pfändung unterworfen. Solange nun aber die Gesellschaft besteht, ist der Gläubiger nicht in der Lage, durch Verwertung dieses Anspruchs sich Befriedigung zu verschaffen.[28]

Der Privatgläubiger eines Gesellschafters kann nun aber nicht ohne weiteres die Gesellschaft kündigen. Die Geltendmachung dieses Rechts ist vielmehr an bestimmte, im Gesetze besonders hervorgehobene Voraussetzungen geknüpft. Dieselben sind in § 135 HGB. erschöpfend geregelt.

---

[27] § 141 HGB.

[28] Lehmann § 135 Nr. 1 S. 294; Goldmann § 135 Anm. 3 S. 595.

Der die Gesellschaft kündigende Gläubiger muß ein Privatgläubiger eines Gesellschafters sein. Das Gesetz sagt ausdrücklich „Privatgläubiger“ und nicht schlechtweg „Gläubiger“. Man wird also nicht, wie Staub und Makower,[29] darunter auch den Gesellschaftsgläubiger, insoweit er den einzelnen Gesellschafter auf Grund seiner Solidarhaft in Anspruch nimmt, verstehen dürfen, sondern einen Gläubiger, dessen Forderung an den Gesellschafter, wie schon das gewählte Wort „Privatgläubiger“ aufweist, eine private, d. h. nicht eine aus dem Gesellschaftsverhältnisse des letzteren sich ergebende ist, also einen Gläubiger, mit dessen Forderung nicht eine Verbindlichkeit der Gesellschaft, sondern eine aus dem Gesellschaftsverhältnisse nicht entsprungene Verbindlichkeit eines Gesellschafters korrespondiert.[30] Diese einschränkende Auslegung ist auch offensichtlich vom Gesetze gewollt. Daraus, daß in § 145 Abs. 2 und § 146 Abs. 2 HGB. nur der Gläubiger, nicht der Privatgläubiger gesagt ist, mit Makower zu schließen, daß es also jeder Gläubiger eines Gesellschafters sein könne, ist m. E. unzutreffend, da in diesen Bestimmungen nur von Rechten beziehentlich Pflichten des kündigenden Gläubigers eines Gesellschafters die Rede ist, während in § 135 dieses Kündigungsrecht selbst ausdrücklich normiert wird. Da hier das Gesetz ausdrücklich den Zusatz „Privat“ macht, wird man nicht berechtigt sein, diesen Zusatz ohne weiteres als überflüssig zu bezeichnen. Das in § 135 dem Privatgläubiger eingeräumte Kündigungsrecht ist ihm als Ersatz dafür gewährt, daß ihm, wie schon erwähnt, durch das Gesetz infolge des Grundsatzes von dem Gesellschaftsvermögen als Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand ein direkter Zugriff in dieses genommen ist. Ein Gläubiger aber, welcher gemäß § 128 HGB. einen Gesellschafter als Gesamtschuldner für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen hat, bedarf eines solchen Ersatzes nicht. Er kann auf Grund eines gegen die Gesellschaft erwirkten

---

[29] Staub § 135 Anm. 1 S. 510; Makower § 135 I S. 361; Staudinger § 725 Anm. 1 S. 1162.

[30] Goldmann § 135 Anm. 2 S. 595; Markus in Holdheims Monatsschr. Bd. 16 S. 133ff.

Schuldtitels die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen betreiben event. bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft die Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen herbeiführen.[31] Das dem Privatgläubiger in § 135 gegebene Kündigungsrecht ist ein exzeptionelles und ihm gewährt als ein Mittel zur Befriedigung, da er für den Fall des Fehlens eines solchen Rechtes überaus benachteiligt sein würde.

Der Privatgläubiger kann nun aber nicht ohne weiteres, um wegen eines Anspruches gegen einen Gesellschafter Befriedigung zu suchen, die Gesellschaft kündigen. Er kann dies erst dann, wenn er die Pfändung und Überweisung des Auseinandersetzungsguthabens erreicht hat, und zwar muß er diese Pfändung und Überweisung erwirkt haben auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels und nachdem, sei es von ihm, sei es von einem anderen, innerhalb der letzten sechs Monate vor der Pfändung und Überweisung die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des schuldenden Gesellschafters ohne Erfolg versucht worden ist. Vor der Zeit von sechs Monaten vorgenommene fruchtlose Exekutionen sind ohne diesen Erfolg. Die Zwangsvollstreckung muß ohne Erfolg versucht worden sein. Hergenhahn und Tuchatsch[32] stellen hier den Fall gleich, daß die Vollstreckung wegen Mangels an Exekutionsobjekten oder deshalb unterblieben ist, weil sich bei einer Verwertung der Exekutionsobjekte ein Überschuß über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten läßt. Daß die Zwangsvollstreckung, die vergeblich verlaufen ist, gerade von dem kündigenden Gläubiger vorgenommen ist, wird nicht verlangt,[33] ebensowenig daß sie auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels versucht worden ist, es genügt hier auch ein vorläufig vollstreckbarer Titel. Gleichgültig ist ferner, ob der Gläubiger ganz oder nur teilweise unbefriedigt geblieben ist.[34] Gegenstand der Zwangsvollstreckung muß das bewegliche Vermögen gewesen sein, einer Betreibung der Zwangsvoll-

[31] Goldmann § 135 Anm. 3 S. 595; Lehmann § 135 Nr. 3 S. 294.
[32] S. 250/51.
[33] Denkschr. S. 98; Staub § 135 Anm. 3 S. 510.
[34] Goldmann § 135 Anm. 12 S. 597; Lehmann § 135 Nr. 4 S. 295.

streckung in Grundstücke bedarf es hier nicht, dieselbe ist auch nicht genügend.[35]

Die Pfändung und Überweisung des Auseinandersetzungsguthabens muß dagegen erwirkt worden sein auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels. Da das dem Privatgläubiger beim Vorliegen der in § 135 bezeichneten Voraussetzungen gegebene Kündigungsrecht von großer Bedeutung für das Bestehen der Gesellschaft ist, da seine Ausübung die Auflösung derselben zur Folge hat, ist vom Gesetz ausdrücklich das Vorliegen eines Schuldtitels gefordert, welcher das Gläubigerrecht endgültig feststellt.[36] Diesem Zwecke dient jeder Schuldtitel, der nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist, also auch ein Auszug aus der Konkurstabelle,[36a] ein Vergleich nach § 794 Ziff. 1, 2, eine Urkunde nach § 794 Ziff. 5 ZPO. Gegenstand der vom Privatgläubiger erwirkten Pfändung und Überweisung muß das sein, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommen würde. Da dieser Anspruch, soweit nicht quoad usum eingebrachte Gegenstände des betreffenden Gesellschafters in Frage kommen, stets auf Geld gerichtet sei, nimmt Staub[37] an, daß die §§ 829 ff. ZPO., sonst die §§ 846 ff. Anwendung zu finden hätten. Dies erscheint nicht ganz zutreffend, denn gepfändet und überwiesen wird der Anspruch auf das, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, ganz gleichgültig ob dieser Anspruch nur auf Geld oder auch auf Naturalleistungen gerichtet ist. Darnach handelt es sich um eine Zwangsvollstreckung nach § 857 ZPO., und es finden die Vorschriften der §§ 829 ff., 846 ff. nur entsprechende Anwendung. Zuständig für die Pfändung und Überweisung ist gemäß § 828 Abs. 1 das Vollstreckungsgericht, das ist das Amtsgericht, bei

---

[35] Denkschr. S. 98; Makower § 135 II d S. 361.

[36] Goldmann § 135 Anm. 4 S. 596; Staub § 135 Anm. 4 S. 510

[36a] Staudinger § 725 Bd. 2 S. 1162; Staub § 135 Anm. 4 S. 510.

[37] Staub 6./7. Aufl. § 135 Anm. 3 S. 438; a. M. 8. Aufl. § 135 Anm. 4 S. 510; Goldmann § 135 Anm. 13 S. 597; Staudinger § 725 Anm. 3c S. 1163; Rechtspr. d. OLG. Bd. 14 S. 185; Gaupp-Stein Bd. 2 § 859I S. 685.

welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat,[38] und in Ermanglung eines solchen das Amtsgericht, bei welchem gemäß § 23 Abs. 3 ZPO. gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann, und zwar ist dieser Gerichtsstand ein ausschließlicher.[39] Drittschuldnerin ist die Gesellschaft.

Beim Vorliegen der genannten Voraussetzungen kann der Privatgläubiger die Gesellschaft kündigen. Gleichgültig für sein Kündigungsrecht ist, ob die Gesellschaft auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist; insofern ist er günstiger gestellt als der Gesellschafter selbst, der nur bei einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft kündigen kann.[40]

Das Kündigungsrecht steht dem Gläubiger zu kraft eigenen Rechtes. Es ist kein von dem Kündigungsrecht seines Schuldners abgeleitetes, welches er als Vertreter oder Rechtsnachfolger desselben geltend macht.[41] Es ist, wie schon gesagt, nicht der Beschränkung auf für unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaften unterworfen. Daher ist es auch ganz unabhängig von dem Bestande des Gesellschaftsverhältnisses und dem Inhalte des Gesellschaftsvertrages. Darnach wird man die von Staub und Makower vertretene Ansicht, daß wenn im Gesellschaftsvertrag eine kürzere Kündigungsfrist als die gesetzlich auf sechs Monate normierte eingeräumt ist, dies dem Privatgläubiger zugute komme, nicht billigen können.[42] Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate, und zwar vor Ablauf des Geschäftsjahres. Diese Frist muß unbedingt gewahrt sein. Da das Geschäftsjahr nicht notwendig mit dem Kalenderjahr zusammenfallen muß und dem Gläubiger daher die Dauer des Geschäftsjahres beziehentlich sein Endpunkt sehr oft unbekannt sein wird, so ist diese Zeitbestimmung des Gesetzes eine glückliche nicht zu nennen.[43]

---

[38] § 828 Abs. 2 ZPO.

[39] § 802 ZPO.

[40] § 132 HGB.

[41] Goldmann § 135 Anm. 13 S. 597; Lehmann § 135 Nr. 2 S. 294; Markus in Holdheims Monatsschr. Bd. 16 S. 133ff., in JurW. 1907 S. 539/40.

[42] Staub § 135 Anm. 5 S. 511; Gaupp-Stein § 859 II Bd. 1 S. 686; Makower § 135 IV S. 362; a. M. Goldmann § 135 Anm. 13 S. 597; Lehmann § 135 Nr. 5 S. 295.

[43] Staub § 135 Anm. 5 S. 511.

Mit Recht nimmt daher Goldmann[44] an, daß dem Gläubiger deswegen die Berechtigung zugestanden werden müsse, den Schuldner zum Offenbarungseide zu laden und von ihm eine Erklärung hierüber zu fordern. Der Schuldner kann sich einer solchen Angabe nicht entziehen; es ist in der Rechtsprechung mehrfach anerkannt, daß auch die Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft einen Bestandteil des Vermögens des Gesellschafters im Sinne von § 809 ZPO. bildet, und daß der Manifestant daher bei der Leistung des Offenbarungseides diese Beteiligung offenzulegen habe. Zu dieser wird auch die Angabe hinsichtlich des Geschäftsjahres, an welcher der Privatgläubiger, wie sich aus § 135 ergibt, ein nicht unerhebliches Interesse hat, gehören.

Die Wirkung der Kündigung ist die Auflösung der Gesellschaft zu dem Zeitpunkte, für welchen sie erfolgt ist, also mit Schluß des Geschäftsjahres. Sie tritt ipso jure ein, ohne Klage und Richterspruch.[45] Die Kündigung ist ein tiefeinschneidendes, das Gesellschaftsverhältnis aufs stärkste bedrohendes Mittel. Dies ist dem Gesetz wohl zum Bewußtsein gekommen, und daher hat es in Analogie des schon im alten Handelsgesetzbuch bei einer mehrgliederigen Gesellschaft den anderen Gesellschaftern bezüglich des schuldigen Gesellschafters gegebenen Ausschließungsrechtes jetzt im § 142 Abs. 2 dem unschuldigen Gesellschafter das Recht zur Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation verliehen.

Streitig ist in der Literatur, wie eine Befriedigung des Privatgläubigers aufzufassen, welche Wirkung ihr beizumessen sei.

Übereinstimmung herrscht insoweit, daß eine nach erfolgter Pfändung und Überweisung des Auseinandersetzungsguthabens, aber vor erfolgter Kündigung bewirkte Befriedigung das Kündigungsrecht hinfällig mache.[46] Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß nur der Privatgläubiger ein Kündigungsrecht hat, welcher zur Zeit der Kündigung tatsächlich noch Gläubiger

---

[44] Goldmann § 135 Anm. 23 S. 598.

[45] Lehmann § 135 Nr. 6 S. 295; Goldmann § 135 Anm. 15 S. 597; Staub § 135 Anm. 6 S. 511.

[46] Staub § 135 Anm. 6 S. 511; Makower § 135 Vc S. 362.

ist. Ist er aber wegen seiner Forderung, wegen deren er die Pfändung und Überweisung des Auseinandersetzungsguthabens erlangt hat, befriedigt, so ist sein Forderungsrecht erloschen und seinem Kündigungsrechte damit jeder rechtliche Boden entzogen; dabei ist es gleichgültig, durch wen die Tilgung der Forderung erfolgte, ob durch den Schuldner oder durch den anderen Gesellschafter oder von beiden zusammen; ja selbst einer von dritter Seite erfolgten Zahlung wird man die Wirkung nicht versagen können, vorausgesetzt, daß nur durch sie die in Frage stehende Schuld getilgt und die Zahlung gerade auf die Schuld, wegen deren Pfändung und Überweisung erfolgt ist, geleistet und angenommen wird.

Dagegen herrscht Streit darüber, wie eine nach erfolgter Kündigung bewirkte Befriedigung zu beurteilen sei.

Goldmann, Makower u. a.[47] sind der Meinung, daß die einmal erfolgte Kündigung nicht widerrufen, insbesondere durch nachträgliche Befriedigung nicht ohne weiteres unwirksam gemacht werden könne. Sie begründen dies damit, daß durch die erfolgte Kündigung bei dem anderen Gesellschafter Rechte und Pflichten entstanden seien, die ihm nicht durch einseitigen Widerruf wieder entzogen werden könnten, geben aber zu, daß eine durch einen Dritten oder durch den schuldigen Gesellschafter mit Zustimmung beider beziehentlich des anderen Gesellschafters oder eine von beiden Gesellschaftern zusammen bewirkte Befriedigung die Kündigung und damit die Auflösung hinfällig machen könne. Makower verlangt noch, damit die Kündigung wirkungslos werde, die Abgabe einer Erklärung, durch welche die Kündigung zurückgezogen wird. Ob eine solche Erklärung zulässig sei, bezeichnet er als quaestio facti; habe der unschuldige Gesellschafter den Gläubiger befriedigt, so gehe das Forderungsrecht gegen den anderen Gesellschafter auf ihn über und er könne daher ohne Genehmigung des anderen die Kündigung zurückziehen. Dieser habe auch in diesem Falle weder ein

[47] Goldmann § 135 Anm. 16 S. 598; Makower § 135 Vc S. 362; Planck § 725 Anm. 5 S. 762; Keyßner, Erhaltung S. 51; Renaud, Kommanditgesellschaft S. 481.

Recht auf Zurückziehung noch auf Aufrechterhaltung der Kündigung, denn nicht sein Kündigungsrecht, sondern das unabhängige Kündigungsrecht des Privatgläubigers sei ausgeübt worden. Dem scheint m. E. aber die Meinung, daß die Kündigung Rechte und Pflichten erzeuge, entgegenzustehen, denn wenn sie solche für den unschuldigen Gesellschafter erzeugt, hat sie auch für den anderen deren Entstehung zur Folge. Dadurch, daß das Gesetz in solchen Fällen dem unschuldigen Gesellschafter ein Recht zur Übernahme des Geschäftes gibt, schützt es dessen Interessen in weitgehendstem Maße; es ist also nicht abzusehen, warum dem schuldigen Gesellschafter ohne seine Zustimmung die Aussicht, durch Auflösung der Gesellschaft dieses Verhältnisses ledig zu werden, soll genommen werden können. Geht man einmal so weit, die Entstehung von Rechten und Pflichten auf der einen Seite anzunehmen, so ist nicht ersichtlich, warum man dieselben nicht auch der anderen Seite zugestehen will. Markus[48] endlich ist der Meinung, daß sobald die Kündigung erklärt sei, der Gesellschafter nicht mehr das Recht aus § 268 BGB. ausüben könne, um der Auflösung zu begegnen, denn diese könne durch das jus offerendi des § 268 überhaupt nicht beseitigt werden.

Die andere von Staub, Lehmann u. a.[49] vertretene Meinung, die m. E. dem Willen des Gesetzes in weitgehenderem Maße entspricht, geht dahin, daß die Befriedigung vor erfolgter Wirkung, d. h. vor erfolgter Auflösung, die Kündigung wirkungslos macht. Die Vertreter dieser Ansicht führen aus, daß die Kündigung, welche dem Privatgläubiger als ein Rechtsbehelf der Vollstreckung in das Vermögen seines Schuldners gegeben sei, einzig und allein seine Befriedigung bezwecke und herbeiführen solle, daß dieses Interesse aber entfalle, sobald er wegen seiner Ansprüche Befriedigung erlangt habe. Irgendwelches Interesse, das Gesellschaftsverhältnis anzutasten, hat der Gläubiger durchaus nicht, er findet in ihm nur, wenn er in anderer Weise aus

---

[48] Markus in JurW. 1907 S. 539/40.

[49] Lehmann § 135 Nr. 2 u. 4 S. 294; v. Hahn § 2 Art. 126; Staub § 135 Anm. 6 S. 511; Staudinger § 725, 3aβ S. 1163.

Vermögensobjekten seines Schuldners Befriedigung nicht erlangen kann, ein Hindernis, zu dessen Beseitigung ihm das Kündigungsrecht verliehen ist. Ist er aber wegen seiner Ansprüche voll befriedigt, so entfällt für ihn jeder Grund und jedes Interesse, die Wirkung der Kündigung noch fernerhin eintreten zu sehen. Aus der Kündigung kann keiner der beiden Gesellschafter ein Recht herleiten. Der Schuldner des kündigenden Privatgläubigers schon um deswillen nicht, weil ihm ja bei einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft ein Kündigungsrecht nach § 132 HGB. eingeräumt ist und es zudem unbillig wäre, wenn er aus der Tatsache, daß er in hohem Grade verschuldet ist, noch Rechte sollte herleiten können; der unschuldige Gesellschafter bedarf eines solchen Rechtes deshalb schon nicht, weil unter Umständen in der Überschuldung seines Mitgesellschafters ein nach § 133 HGB. wichtiger Grund erblickt werden kann, mit dessen Hilfe er im Wege der Vorschrift des Abs. 1 § 142 den ihm nach Abs. 2 der genannten Bestimmung durch die Befriedigung verwehrten Erfolg auch erreichen kann.[50]

Die Kündigung selbst ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne von § 130 BGB.; sie muß beiden Gesellschaftern, nicht der Gesellschaft, zugegangen und darf an eine Bedingung nicht geknüpft sein; eine Form für dieselbe ist nicht vorgeschrieben. Ist sie versehentlich der Gesellschaft gegenüber erfolgt, so hat sie nur Wirkung, wenn sie beiden Gesellschaftern rechtzeitig zur Kenntnis gekommen ist. Für die Berechnung der Kündigungsfrist gelten die Vorschriften der §§ 187 ff. BGB.

Liegen die Voraussetzungen für die Kündigung nach dem Vorstehenden vor und ist diese rechtzeitig und rechtswirksam erfolgt, so hat der unschuldige Gesellschafter das Recht, das Geschäft mit Aktiven und Passiven, ohne daß Liquidation einzutreten hat, zu übernehmen und fortzuführen. Die Ausübung dieses Rechtes erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Privatgläubiger.[51] Diese Erklärung ist ebenfalls eine empfangsbedürftige

---

[50] Lehmann § 135 Nr. 3 S. 294.

[51] Goldmann § 142 Anm. 11 S. 635; Lehmann § 142 Nr. 2b S. 308.

Willenserklärung, die, wenn sie dem abwesenden Privatgläubiger gegenüber abgegeben wird, mit dem Zeitpunkte des Zuganges, wenn sie ihm gegenüber in seiner Anwesenheit erfolgt, mit dem Zeitpunkte, in welchem sie ihm vernehmlich oder erkennbar wird, zur Wirksamkeit gelangt. Ihr Inhalt geht dahin, daß er das Geschäft mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation übernehme. Einer Klage bedarf es in diesem Falle ebensowenig wie einer gerichtlichen Entscheidung.[52] Die Übernahmeerklärung muß vor dem Eintritte der Wirkung der Kündigung, also vor der Auflösung erfolgen; einer Zustimmung des Privatgläubigers bedarf es nicht. Erfolgt sie verspätet, also nach erfolgter Auflösung und nachdem bereits die Liquidation eingetreten ist, so ist sie als einseitige Erklärung nicht mehr zulässig, wohl aber ist es möglich, unter Zustimmung des an der Auflösung schuldigen Gesellschafters und seines Privatgläubigers die gedachte Rechtsfolge der Geschäftsübernahme durch eine nach dem Grundsatze, daß die Gesellschaft nicht sofort mit der Kündigung, sondern erst mit der definitven Auseinandersetzung aufgelöst wird, als möglich zu vereinbarende Form der Auseinandersetzung herbeizuführen. Von dem Recht der Übernahme kann der unschuldige Gesellschafter Gebrauch machen, eine Verpflichtung dazu besteht nicht, er kann es vielmehr bei der gesetzlichen Folge der Auflösung, der Liquidation, bewenden lassen.[53]

Macht der unschuldige Gesellschafter von seinem Rechte, die Übernahme des Geschäftes zu verlangen, Gebrauch, so wird die Gesellschaft mit dem Ende des Geschäftsjahres unter Ausscheiden des anderen Gesellschafters aufgelöst und das Geschäft geht auf den Berechtigten als Einzelkaufmann über. Für die Auseinandersetzung ist die Vermögenslage zum Zeitpunkt des Ausscheidens, also am Ende des Geschäftsjahres, zugrunde zu legen.

---

[52] s. Nr. 51.

[53] Lehmann § 142 Nr. 2b S. 308.

§ 4.

3. Die Konkurseröffnung über das Privatvermögen eines Gesellschafters.

Während die Konkurseröffnung über das Vermögen der Gesellschaft stets einen Auflösungsgrund bildet, kann unter bestimmten Voraussetzungen bei einer mehrgliederigen Gesellschaft, obwohl auch hier die Konkurseröffnung über das Privatvermögen eines Gesellschafters die Gesellschaft auflöst,[54] die Fortsetzung derselben unter den übrigen Gesellschaftern erfolgen unter Ausscheiden des in Konkurs verfallenen Gesellschafters. Da nun bei einer nur zweigliederigen offenen Handelsgesellschaft das Ausscheiden eines Gesellschafters stets die Auflösung zur Folge hat und damit das Liquidationsverfahren eintreten müßte, will § 142 in Abs. 2 für diesen Fall, in analoger Weise wie § 141 Abs. 2 bei einer mehrgliederigen Gesellschaft durch Ausschließung des Kridars die übrigen schützt, den an der Auflösung unschuldigen Gesellschafter schützen und gibt ihm daher das Recht, die Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven unter Vermeidung der Liquidation herbeizuführen und sich in den Besitz des bisher von der Gesellschaft betriebenen Geschäftes zu setzen.

Notwendige Voraussetzung ist hier die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des einen Gesellschafters, nicht genügt dagegen Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung oder fruchtlose Exekution in das Privatvermögen des Gesellschafters. Die Konkurseröffnung muß stattgefunden haben über das gesamte Vermögen des Gesellschafters; nicht für genügend zu erachten ist die Konkurseröffnung über das Vermögen einer anderen Gesellschaft, an der der betreffende Gesellschafter beteiligt ist, auch dann nicht, wenn die andere Handelsgesellschaft aus eben denselben Personen besteht.[55] Die von Lehmann[56] aufgestellte Behaup-

---

[54] § 131 Nr. 5 HGB.

[55] Lehmann § 131 Nr. 5 S. 286.

[56] Lehmann ebenda.

tung, daß es gleichgültig sei, ob der Konkurs bei Lebzeiten des Gesellschafters oder als Nachlaßkonkurs eröffnet wird, kann hier nicht praktisch werden, weil bei einer zweigliederigen Handelsgesellschaft der Tod eines Gesellschafters schon den Auflösungsgrund bildet und eine Erklärung im Sinne von § 142 Abs. 2 auf Geschäftsübernahme schon daher unmöglich wird. Die Übernahme des Geschäfts kann hier nur durch eine Vereinbarung mit den Erben unter Zustimmung des Konkursverwalters bei entsprechender Anwendung der in § 146 HGB. gegebenen Bestimmung, daß nach Auflösung der Gesellschaft eine andere Art der Auseinandersetzung, und als solche würde sich die Geschäftsübernahme darstellen, vereinbart werden kann, herbeigeführt werden.

Das Recht auf Übernahme des Geschäftes im Falle der Konkurseröffnung wird ausgeübt durch Erklärung gegenüber dem Konkursverwalter. Dieselbe ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne von § 130 BGB. Sie gelangt, wenn sie dem abwesenden Konkursverwalter gegenüber abgegeben wird, mit dem Zeitpunkt des Zugangs, wenn sie ihm gegenüber in seiner Anwesenheit erklärt wird, mit dem Zeitpunkt, in dem sie ihm vernehmlich oder erkennbar wird, zur Wirksamkeit. Diese Erklärung ist nach der herrschenden Meinung unverzüglich, mindestens aber bald tunlichst abzugeben. Zwar sage das Gesetz darüber nichts, aber da die Bestimmung des § 142 Abs. 2 ebenso wie bei der mehrgliederigen Gesellschaft die des § 141 Abs. 2 eine durchaus exzeptionelle sei und die Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters einen ipso jure wirkenden Auflösungsgrund bilde, müsse das schuldhafte Zögern mit der Abgabe der Übernahmeerklärung dessen Verlust zur Folge haben. Erst nach erfolgter Konkurseröffnung bezw. mit ihr entsteht für den unschuldigen Gesellschafter das Recht zur Übernahme. Die durch die Konkurseröffnung herbeigeführte Auflösung hat aber, wenn andere Vereinbarungen nicht bestehen, den Eintritt des Liquidationsverfahrens zur Folge. Ist dieses Verfahren nun definitiv eingetreten, so ist nach § 145 Abs. 2 HGB. zu einer nunmehrigen Vereinbarung, daß die Liquidation unterbleiben solle, die Zustimmung des Konkursverwalters nötig, für eine

einseitige Erklärung des an sich zur Übernahme berechtigten Gesellschafters ist dann kein Raum mehr. Man wird daher die Frist zur Erklärung so kurz als möglich bemessen müssen. Makower[57] will hier die Bestimmungen über die Wahlobligation[58] entsprechend anwenden und dem Konkursverwalter das Recht einräumen, ja sogar die Pflicht auferlegen, die Erklärung herbeizuführen und den unschuldigen Gesellschafter durch Setzung einer Frist gemäß § 264 BGB. mit der Wirkung, daß nach deren fruchtlosem Ablauf das Recht aus § 142 Abs. 2 erloschen sei, in Verzug zu setzen. Staub[59] ist hierzu der Ansicht, daß dem übernehmenden Gesellschafter auch nicht so weit entgegengekommen werden dürfe.

Der Inhalt der Erklärung, welche der Übernehmende abzugeben hat, geht dahin, daß er das Geschäft mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation übernehme.

Das Abfindungsguthaben, welches der in Konkurs verfallene Gesellschafter von dem Übernehmenden zu fordern hat, bildet einen Teil der Masse in seinem Konkursverfahren. Der Anspruch auf Rechnungslegung usw. steht in diesem Falle dem Konkursverwalter zu.

Für den Fall, daß sich bei der Auseinandersetzung ein Passivsaldo zugunsten des übernehmenden Gesellschafters ergibt, ist dieser von letzterem als Konkursforderung zur Masse anzumelden.[60]

Für die Auseinandersetzung ist die Vermögenslage zur Zeit der Konkurseröffnung zugrunde zu legen.[61]

---

[57] Makower § 141 II S. 376; Goldmann § 141 Anm. 10 S. 632; Lehmann § 141 Nr. 1 S. 306.

[58] §§ 262 ff. BGB.

[59] Staub § 141 Anm. 4 S. 529.

[60] Lehmann § 131 Nr. 5a S. 286; Staub § 141 Anm. 5 S. 529.

[61] Lehmann Anhang zum Titel 5 S. 339 Nr. 4; Goldmann § 142 Anm. 18 S. 636; Makower § 142 V S. 378.

II. Der Zeitpunkt der Geschäftsübernahme.

§ 5.

Der Zeitpunkt der Geschäftsübernahme ist ein verschiedener, je nach dem Grunde, aus welchem die Auflösung der Gesellschaft und die Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation durch den anderen Gesellschafter erfolgt.

Die genaue Fixierung dieses Zeitpunktes ist wesentlich, weil von ihm an die Wirkungen und Folgen dieser Rechtsveränderung eintreten.

Im Falle, daß die Geschäftsübernahme erfolgt auf Grund richterlichen Urteils, tritt dieselbe mit der Rechtskraft des Urteils ein.[62]

Im Falle der Kündigung durch einen Privatgläubiger erfolgt sie am Ende eines Geschäftsjahres.[63]

Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Privatvermögen eines Gesellschafters endlich erfolgt die Geschäftsübernahme mit der Eröffnung des Konkurses.[64]

In den beiden letzten Fällen ist für die zwischen dem übernehmenden Gesellschafter und dem Ausscheidenden vorzunehmende Auseinandersetzung die Vermögenslage zugrunde zu legen, welche in diesen Zeitpunkten vorhanden war.[65]

Im Falle, daß die Übernahme erfolgt auf Grund richterlichen Urteils, ist jedoch der Auseinandersetzung die Vermögenslage zur Zeit der Klagerhebung zugrunde zu legen.[66] Wenn auch, wie oben ausgeführt, das Urteil, welches den einen Gesell-

---

[62] Makower § 140 IIIa S. 374; Staub § 140 Anm. 6 S. 527; Lehmann § 140 Nr. 6 S. 305; Goldmann § 142 Anm. 5daa S. 634.

[63] Lehmann § 141 Nr. 2 S. 307; Staub § 141 Anm. 2 S. 529; Makower § 141 II S. 376.

[64] Makower § 141 II S. 376; Lehmann § 141 Nr. 2 S. 307.

[65] Makower § 142 V S. 377; Staub § 142 Anm. 5 S. 537; Lehmann Anhang zum Titel 5 Nr. 4 S. 339; Goldmann § 142 Anm. 17 u. 18 S. 636.

[66] Goldmann § 142 Anm. 16 S. 636; Staub § 142 Anm. 4 S. 537; s. auch Nr. 65.

schafter für berechtigt erklärt, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, konstitutiv ist und damit erst die Geschäftsübernahme herbeigeführt wird, so ist darin kein Widerspruch zu erblicken.[67] Der Gesetzgeber wollte vielmehr unter Berücksichtigung des Umstandes, daß der Prozeß eine Zeitlang dauern könnte, verhindern, daß der ausscheidende Gesellschafter aus dieser Verzögerung Rechte herleiten könnte. Diese Bestimmung scheint auch deswegen praktisch richtig, weil bis zur Rechtskraft des Urteils der ausscheidende Gesellschafter Mitglied der Gesellschaft bleibt und, falls er die Geschäftsführung und Vertretungsmacht hatte, das Gesellschaftsvermögen wirtschaftlich herabmindern kann, ohne deswegen verantwortlich gemacht werden zu können.

Dem zur Klage auf Übernahmeberechtigung befugten Gesellschafter wird aber das Recht zugestanden werden müssen, durch einstweilige Verfügung, auf die bei Beratung des alten Handelsgesetzbuchs ausdrücklich hingewiesen wurde, den einstweiligen Ausschluß des anderen Gesellschafters von der Geschäftsführung und Vertretung herbeizuführen.[68]

Nach einer Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 56[69] soll aber im Falle der Klage nach § 142 Abs. 1 für die Auseinandersetzung die Vermögenslage maßgebend sein, welche zur Zeit der Auflösung und Geschäftsübernahme bestand, mit anderen Worten, die Vermögenslage zur Zeit der Rechtskraft des Urteils und nicht der Klagerhebung. Das Reichsgericht begründet seine Ansicht damit, daß nach Abs. 3 des § 142 für die Auseinandersetzung die Vorschriften für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der unter den übrigen fortbestehenden Gesellschaft entsprechende Anwendung finden sollen. Und für diesen Fall schreibe der § 140 Abs. 2 HGB. die Auseinandersetzung nach Maßgabe der Vermögenslage der Gesellschaft im Zeitpunkte der Erhebung der Klage auf Ausschließung vor. Die entsprechende Anwendung des § 140 Abs. 2 führe dahin, daß

[67] Staub § 141 Anm. 6 S. 527.
[68] Staub § 141 Anm. 7 S. 527.
[69] RG. Bd. 56 S. 18ff.

als der für die Auseinandersetzung und die Vermögenslage der Gesellschaft maßgebende Zeitpunkt der Moment der Auflösung der Gesellschaft und der Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven gelten müsse. Diese Entscheidung des Reichsgerichts ist m. E. irrig und auch unpraktisch. Die entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 140 Abs. 2, nach der für die Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und dem ausgeschlossenen Gesellschafter, das ist für den Fall des § 142 Abs. 2 zwischen dem Übernehmenden und dem Ausscheidenden, die Vermögenslage im Zeitpunkt der Klagerhebung auf Ausschließung, für unseren Fall auf Berechtigung zur Geschäftsübernahme, maßgebend ist, führt gerade dazu, auch für den Fall des § 142 Abs. 1 die Vermögenslage zur Zeit der Klagerhebung und nicht erst zur Zeit der Rechtskraft des Urteils für die Auseinandersetzung maßgebend sein zu lassen.

B. Die Wirkung der Geschäftsübernahme.

I. Die Wirkung im allgemeinen.

§ 6.

1. Der Übergang des Geschäftes auf den an der Auflösung unschuldigen Gesellschafter.

Wie bereits ausgeführt, hat das Handelsgesetzbuch durch Aufnahme des § 142 eine Möglichkeit schaffen wollen, im Interesse des an der Auflösung einer nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft unschuldigen Gesellschafters das Geschäft zu erhalten. Aus Umständen, die nicht in seiner Person liegen, soll der eine Gesellschafter nicht Schaden leiden, da der Untergang des Geschäftes, wie er durch das Liquidationsverfahren, der gesetzlichen Folge der Auflösung, notwendig herbeigeführt wird, zu schwerer wirtschaftlicher Schädigung des betreffenden Gesellschafters führen könne.

Dem wird vom Gesetz begegnet durch Einräumung des Rechtes auf Übernahme des Geschäftes. Die Voraussetzungen

dieses Rechtes sind bereits erörtert, es bleibt noch die Frage, welche Wirkung die Ausübung dieses Rechtes hat.

Hier ist zu unterscheiden zwischen den in Abs. 1 und den in Abs. 2 genannten Gründen. In dem Falle des Abs. 1 § 142 bewirkt die Ausübung des Rechtes, Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation zu verlangen, die Auflösung der Gesellschaft und den Übergang des Geschäftes in der gedachten Weise, und zwar wird dieses Recht, wie schon gesagt, ausgeübt mit der Klagerhebung, die Wirkung seiner Ausübung tritt ein mit der Rechtskraft des Urteils. Da Voraussetzung für die Ausübung des Übernahmerechts nach Abs. 1 ein in der Person des anderen liegender wichtiger Grund ist, der bei einer mehrgliederigen Gesellschaft die Ausschließung des betreffenden Gesellschafters rechtfertigen würde, hat es hier der andere Gesellschafter in der Hand, ob er von seinem Übernahmerecht Gebrauch machen und dadurch die Auflösung der Gesellschaft und den Übergang des Geschäftes auf sich allein herbeiführen will.

In den Fällen des Abs. 2 aber bewirken die dort genannten Tatsachen ohne weiteres die Auflösung, und zwar tritt diese im Falle der Konkurseröffnung mit dieser, im Falle der Kündigung am Ende des Geschäftsjahres ein. Hier ist das Recht zur Übernahme nur ein Notbehelf des anderen Gesellschafters, die Liquidation zu vermeiden; er hat hier aber keine Möglichkeit, die Auflösung der Gesellschaft selbst zu verhüten, diese tritt unabhängig von seinem Willen kraft Gesetzes ein.

Nach der als richtig zu erachtenden, besonders von Lastig[70] mit großer Entschiedenheit vertretenen herrschenden Meinung hat aber die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft nicht deren vollständiges Ende zur Folge, es hört vielmehr mit ihr nur die produktive Tätigkeit derselben auf. Zwischen den bisherigen Gesellschaftern bleibt aber eine gewisse Verbindung.

Es tritt nunmehr die Auseinandersetzung ein, die sich in den Fällen des § 142 als eine Abfindung des Ausscheidenden durch den Übernehmenden darstellt. Die Wirkung der Geschäfts-

---

[70] Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften S. 14, 44.

übernahme hat in allen drei in § 142 genannten Fällen zur Folge, daß die Liquidation vermieden wird, und daß das von der Handelsgesellschaft bisher betriebene Erwerbsgeschäft mit Aktiven und Passiven auf den anderen Gesellschafter übergeht. Es wird also zu dem eines Einzelkaufmanns.

Es scheint hier zum Verständnis des Folgenden am Platze, kurz eine Darlegung von dem Wesen und der rechtlichen Natur des Gesellschaftsvermögens zu geben. Nach der herrschenden Meinung ist die offene Handelsgesellschaft, aufgebaut auf der Grundlage der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft, anzusehen als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, ebenso wie die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Damit ist ohne weiteres die Annahme, daß die offene Handelsgesellschaft juristische Person sei, ausgeschlossen, abgesehen davon, daß die Denkschrift zum Handelsgesetzbuch ausdrücklich die Annahme einer solchen verworfen hat. Streit herrscht dagegen noch, in welcher Weise die Beteiligung der einzelnen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen anzusehen sei. In der Hauptsache unterscheidet man jetzt drei Theorien.

a) Die Theorie der geteilten Mitberechtigung.

Diese von Binder,[71] Nagler[72] und Jörges,[73] auch Cosack,[74] Dernburg[75] u. a.[76] vertretene Meinung nimmt quotenmäßige Anteilsrechte an, und zwar nicht solche am Gesamtvermögen, sondern an den einzelnen Stücken des Gesamtgutes. Der Unterschied vom gewöhnlichen Miteigentum liegt nicht sowohl in der Rechtszuständigkeit als in der Verfügungsmacht; den einzelnen Gesellschaftern ist die Verfügung über die ihnen zustehenden Anteilsrechte (Quoten) entzogen.

b) Die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung.

---

[71] Rechtstellung des Erben Bd. 3 S. 42ff.

[72] Sächs. Arch. Bd. 10 S. 718ff.

[73] Jörges in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 49 S. 140ff., Bd. 51 S. 47ff.

[74] Lehrb. d. HR. 4. Aufl. § 107 III S. 534; Lehrb. d. bürgerl. R. 3. Aufl. § 276 I 1, 2 S. 391.

[75] Bd. 2, 2 § 359 II S. 545.

[76] Lehmann Vorbem. vor § 105 S. 219; Laband, Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 30 S. 51ff. nimmt Miteigentum mit variablen Quoten an.

Danach steht das Gesellschaftsvermögen ungeteilt der gesamthänderischen Vereinigung aller Teilhaber zu, nicht jedem zu einer abgegrenzten Quote. Daß der einzelne Gesellschafter über Teile des Vermögens im ganzen wie der einzelner Vermögensstücke nicht verfügen darf, ist eine Folge des Gesamthandverhältnisses, nicht seines Wesens. Dieser von Gierke,[77] Crome,[78] Endemann,[79] Knoke,[80] Planck[81] und Staub[82] vertretenen Meinung hat sich auch das Reichsgericht angeschlossen.[83]

c) Die dritte, von Sohm[84] vertretene Theorie nimmt eine Mittelstellung ein. Nach Sohm stehen den einzelnen Gesellschaftern am Gesellschaftsvermögen, wie den einzelnen Vermögensstücken, zwar Teile zu, diese sind aber keine Bruchteile, sondern Anteile kraft Personenrechtes. Sie werden nicht durch einen besonderen Erwerbsgrund erlangt und bestimmt, sondern kraft seiner Mitgliedschaft, seines Anteils am Vermögen hat jeder Gesamtberechtigte einen Anteil an den einzelnen Gegenständen; dieser Anteil ist personenrechtlicher Natur, er ist Ausfluß, Begleiterscheinung des personenrechtlichen Verhältnisses der Mitgliedschaft. Dieser Anteil ist ein aus der Mitgliedschaft erwachsenes einzelnes Mitgliedsrecht.

Die offene Handelsgesellschaft des Handelsgesetzbuchs stellt sich also dar als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Träger des Gesellschaftsvermögens sind die Gesellschafter. Man kann die Frage der Anteilsberechtigung entscheiden wie man will, so viel scheint m. E. festzustehen, daß den Teilhabern einer offenen Handelsgesellschaft nicht nur ein Anteil am Gesellschaftsvermögen zukommt, sondern auch an den einzelnen dazu

---

[77] Genossenschaftstheorie S. 344; Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 29.
[78] System § 280 Nr. 2 S. 765.
[79] Lehrb. Bd. 1 § 180 Nr. 3.
[80] Knoke, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 20 S. 178ff.
[81] II, 3 vor § 705 S. 727.
[82] § 105 Anm. 27 S. 417.
[83] Bd. 30 S. 152, Bd. 54 S. 297, Bd. 56 S. 209ff., 432.
[84] Der Gegenstand § 12 S. 65ff.

gehörigen Gegenständen. Dies ergibt sich aus § 719 Abs. 1 und § 105 Abs. 2 BGB.

In den in § 142 geregelten Fällen findet nun unter oder nach bereits erfolgter Auflösung der Übergang des Geschäftes mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation auf den einen der beiden Gesellschafter statt.

Es fragt sich nun, in welcher Weise sich hier der Übergang vollzieht, ob der Übernehmende den Anteil des anderen im Wege der Singularsukzession hinzuerwirbt, oder ob der Übergang kraft Gesetzes durch Anwachsung eintritt.

Diese Frage ist überaus bestritten, sowohl in der Literatur wie in der Rechtsprechung. Von den Schriftstellern des Handelsgesetzbuchs hat zunächst Staub[85] die Ansicht aufgestellt, daß hier der Übergang des Geschäftes im Wege der Universalsuccession sich vollziehe. Mit der Rechtskraft des Urteils in den Fällen des Abs. 1, mit der Erklärung des übernehmenden Gesellschafters bezw. dem Ende des Geschäftsjahres in den Fällen des Abs. 2 geht das Geschäft mit allen seinen Bestandteilen und unter den Voraussetzungen des § 24 HGB. auch mit der Firma über, die vorhandenen beweglichen Sachen werden in diesem Augenblick Eigentum des Klägers beziehentlich übernehmenden Gesellschafters, die außenstehenden Forderungen, ob verbrieft oder nicht, gehen auf ihn über, ebenso gehen die Grundstücke ohne weiteres in sein Eigentum über, ohne daß es hier einer Auflassung bedürfte; es ist nur die Umschreibung im Grundbuche erforderlich gemäß § 894 BGB. Staub begründet seine Ansicht folgendermaßen. Es sollte ein Zustand geschaffen werden analog demjenigen beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft. Dies ist ausdrücklich in § 142 Abs. 3 gesagt. Darnach sollen für die Auseinandersetzung zwischen den beiden Gesellschaftern die für das Ausscheiden eines Gesellschafters gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung finden. An der Spitze dieser Auseinandersetzungsvorschriften steht aber der Satz des § 738 BGB., wonach der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen dem Übernehmenden zuwächst.

---

[85] 6./7. Aufl. § 142 Anm. 2 S. 465.

Die entsprechende Anwendung dieses Satzes führt hier dazu, daß dasjenige Recht, welches der beseitigte Gesellschafter an dem Gesellschaftsvermögen hatte, welchen rechtlichen Charakter dieses Recht auch immer haben möge, auf den anderen Gesellschafter übergeht, so daß in der Person dieses anderen Gesellschafters sein eigenes Recht und das des beseitigten Gesellschafters zusammentreffen und er somit nunmehr allein dasjenige Recht hat, welches sich aus der Vereinigung der Rechte der beiden Gesellschafter ergibt, also das Alleineigentum.

Dieser Ansicht sind ebenfalls Goldmann[86] und Makower[87] ohne besondere eingehendere Begründung. Diese leiten die Anwendung des § 738 ebenfalls aus Abs. 3 des § 142 her.

Lastig[88] kommt im Ergebnis zum gleichen Resultat wie Staub. Nach seiner Meinung tritt diese Rechtsfolge ein, nicht weil Anwachsung noch eine Geschäftsübertragung im Sinne des § 22 HGB. vorliegt, sondern weil in diesem Falle überhaupt kein Subjektwechsel, sondern nur eine innnere Wandlung des Subjektes stattfindet.

Anscheinend die Anwendung des § 738 BGB. annehmend, spricht sich Dernburg[89] aus, der die Frage der Entscheidung davon abhängig macht, ob es sich bei der offenen Handelsgesellschaft um eine Gemeinschaft zur gesamten Hand oder um eine solche nach Bruchteilen handelt. Ersterenfalls, bei welchem sich auch bisher das Recht eines jeden auf das Ganze erstreckte, wenn auch beschränkt durch die Konkurrenz des Genossen, entstehe nach dem Wegfall desselben ohne weiteres Alleineigentum, im zweiten Falle aber sei zum Erwerbe der Bruchteile des Mitgesellschafters Auflassung unerläßlich.

Lehmann[90] bekämpft diese Ansicht. Er führt aus, daß das Gesetz, wenn es einen solchen abnormen Hergang gewollt habe, dies deutlich ausgedrückt hätte; Abs. 3 des § 142 habe

---

[86] Goldmann § 142 Anm. 15 S. 636.

[87] Makower § 142 IV S. 377.

[88] Lastig S. 41.

[89] Bd. 3 § 88 a V S. 306/07.

[90] § 142 Nr. 4 S. 308; Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 50 S. 35; Lehrb. § 62, 1 S. 321.

nur die obligatorische Auseinandersetzung zwischen dem Ausscheidenden und dem Zurückbleibenden, nicht dagegen die sachenrechtliche Seite im Auge. Demgemäß bedürfe es hinsichtlich der körperlichen Sache der Tradition beziehentlich Auflassung an den Übernehmenden, damit dieser Eigentümer werde. Denn der Fall liege hier in Wahrheit anders wie bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Gesellschaft. Die Bearbeiter der 8. Aufl. des Staubschen Kommentars[91] sind ebenfalls der Ansicht, daß in den Fällen des § 142 die Vorschriften des § 738 BGB. nicht anwendbar seien; Abs. 3 des § 142 schreibe entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Ausscheiden von Gesellschaftern vor, § 738 aber spreche ausdrücklich vom Ausscheiden aus einer Gesellschaft, setze also voraus, daß mindestens eine Gesellschaft übrigbleibe. Zudem bilde Universalsuccession eine Ausnahme, die das Gesetz ausdrücklich hätte vorschreiben müssen. Ebenfalls gegen die Annahme der Universalsuccession spricht sich Kretzschmer[92] aus. Für den besonderen Fall, daß Grundstücke vorhanden sind, wird die Notwendigkeit der Auflassung noch verlangt von Turnau-Förster,[93] und zwar weil ein Personenwechsel vorliegt, da aus dem Eigentum zur gesamten Hand Alleineigentum werde, von Predari,[94] weil § 738 BGB. das Fortbestehen der Gesellschaft zur Voraussetzung habe, von Endemann[95] und Männer.[96]

Keine Auflassung verlangen Fuchs,[97] Overneck,[98] Markus[99] und Neumann.[100]

---

[91] § 142 Anm. 3 S. 536.

[92] Im Zentralbl. f. freiw. Ger. u. Notariat 8. Jahrg. S. 526ff.

[93] Bd. 1 S. 451 III, 2.

[94] § 20, 2 B c β.

[95] Lehrb. Bd. 2 § 70 Anm. 39 S. 451.

[96] § 24 Anm. 6.

[97] Bd. 1 S. 210/11 Anm. 4 A II zu § 925, Bd. 2 S. 234 Anm. A 3 b zu § 20 GBO.

[98] Bd. 1 S. 467 I e.

[99] In Holdheims Monatsschr. Bd. 15 S. 333ff.

[100] Jahrb. des deutschen Rechts Bd. 6 S. 640/41.

In der Rechtsprechung haben die Gerichte die Anwendbarkeit des § 738 auf die Fälle des § 142 in der Hauptsache verneint bezw. für sehr zweifelhaft erklärt und darum insbesondere die Notwendigkeit der Auflassung betont.[101]

Einen bedeutenden Umschwung für die Frage der Rechtsprechung bedeutet das Urteil des Reichgerichts in Bd. 65.[102]

Das Reichsgericht gibt zu, daß dem Grundsatz der Accreszenz jetzt für das Gesellschaftsrecht im Falle des § 738 Abs. 1 allerdings nur für die Fälle der §§ 736 u. 737, in denen die Gesellschaft trotz Ausscheidens oder Ausschlusses eines Gesellschafters fortbestehen bleibt, Ausdruck verliehen sei, es bezweifelt aber, daß es gerechtfertigt sei, aus der Zulassung der Accreszenz in den ausdrücklich erwähnten Fällen den Ausschluß in anderen Fällen abzuleiten, und wirft die Frage auf, ob es nicht vielmehr richtiger wäre, in den Bestimmungen des § 738 einen bei dieser Gelegenheit ausgesprochenen allgemeinen Grundsatz des Gesellschaftsrechts zu erblicken, der auch in anderen ähnlichen Fällen entsprechende Anwendung finden könnte. Das Vorliegen eines sachlichen Grundes, die Accreszenz auf die Fälle des Fortbestehens der Gesellschaft zu beschränken, dürfte nach der Meinung des Reichsgerichts kaum vorhanden sein. Indessen hält es die Erlangung eines sicheren Ergebnisses mit Rücksicht auf die unsichere und unbestimmte Natur der Gesamthand für zweifelhaft, doch sei ein gesicherter Boden für die Annahme der Accreszenz zu gewinnen, wenn man zu den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch die besonderen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs hinzunehme. Nach § 105 Abs. 2 HGB.

---

[101] RG. Bd. 61 S. 75; Seufferts Arch. Bd. 60 S. 97; Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 34, 254, 306, Bd. 7 S. 333, Bd. 9 S. 255, Bd. 13 S. 23; Lobes Zentralbl. 5. Jahrg. S. 80, 6. Jahrg. S. 347 Nr. 360, 7. Jahrg. S. 219 Nr. 220; im Recht 1904 S. 575 Nr. 2476; Annalen Bd. 25 S. 35; ferner Biermann, Sachenrecht § 925 Anm. 4 S. 127; Staudinger § 738 IV S. 1180; keine Auflassung verlangen: OLG. Stuttgart, Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 446; LG. Metz im Recht 1902 S. 19 Nr. 21; LG. Stettin in Lobes Zentralbl. 7. Jahrg. S. 319 Nr. 278.

[102] RG. Bd. 65 S. 227; s. hierzu die Besprechung von Dorst in Zeitschr. für das Notariat.

gilt § 738 auch für die offene Handelsgesellschaft. Daraus folgt bei einer mehrgliederigen Handelsgesellschaft die direkte Anwendung des § 738 in den Fällen der §§ 138 u. 140 HGB. und in dem besonderen Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters nach § 141. Der offenen Handelsgesellschaft eigentümlich ist nun aber die Vorschrift des § 142. In allen darin geregelten Fällen haben nach § 142 Abs. 3 die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung zu finden; zu diesen Vorschriften gehört auch § 738 BGB. Die entsprechende Anwendung ergibt, daß der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen nicht den übrigen Gesellschaftern, aber dem übrigen Gesellschafter, d. h. dem Nichtausscheidenden, der bisher der andere Gesellschafter war, zuwächst. Das Gesetz bietet zu der oben bereits erwähnten beschränkten Auslegung, daß Accreszenz nicht stattfinde, daß vielmehr nur eine obligatorische Verpflichtung des Ausscheidenden zur Übertragung seines Anteils an den einzelnen Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens bestehe, keinen Anlaß. Wenn jetzt von Staub geltend gemacht wird, daß Universalnachfolge eine Ausnahme sei, so ist zu beachten, daß wer durch Accreszenz erwirbt, nicht den Anteil eines anderen hinzu erwirbt, sondern seinen eigenen Anteil vergrößert, weil der des anderen weggefallen ist. Wenn weiter gesagt werde, daß Abs. 3 des § 142 entsprechende Anwendung des § 738 vorschreibe und dieser das Fortbestehen der Gesellschaft voraussetze, so kann dies nicht überzeugen; der § 738 selbst wohl, aber nicht dessen entsprechende Anwendung hat diese Voraussetzung. Das Verlangen besonderer Übertragungsakte ist nicht analoge Anwendung des § 738 Satz 1, sondern gerade das Gegenteil, nämlich Nichtanwendung.

Diese Entscheidung des I. Zivilsenates hat der V. Zivilsenat in seinem Beschluß in einer Grundbuchsache (Bd. 68)[103] voll und ganz gebilligt.

Das Kammergericht,[104] welches zuvor sich gegen die Entscheidung der Frage in diesem Sinne stets ablehnend verhalten

[103] Bd. 68 S. 410ff.

[104] Im Recht 1908 Beil. II S. 156 Nr. 931.

hatte, hat seine Meinung mit Rücksicht auf diese Reichsgerichtsentscheidung nach nochmaliger Prüfung der Frage geändert und sich der vom Reichsgericht vertretenen Meinung angeschlossen.

Desgleichen hat das preuß. Oberverwaltungsgericht, welches früher die Meinung, daß Auflassung nicht nötig sei, unter der Herrschaft des alten Rechts als auch nach dem 1. 1. 1900 vertreten,[105] diese dann zeitweilig aufgegeben hatte,[106] in neuester Zeit sich zu seiner alten Ansicht zurückbegeben.[107]

Ein weiterer Beweis dafür, daß die Entscheidung des Reichsgerichts die richtige Lösung der Streitfrage zu bedeuten scheint, ist darin zu erblicken, daß nach dem Entwurfe der Novelle zum preußischen Stempelgesetz der Antrag auf Umschreibung von Gesellschaftseigentum auf den Namen eines Gesellschafters dem Wertstempel von 1% unterliegen soll, wenn nach bürgerlichem Rechte eine Auflassung nicht erforderlich ist.[108]

Das Reichsgericht hat damit einen m. E. durchaus zutreffenden Gedanken zum Ausdruck gebracht. Daß die Accreszenz im Falle des § 738 keine Gesamtnachfolge ist, hat im Gegensatz zu Hellwig[109] schon Sohm[110] betont. Faßt man Accreszenz als Folge des Verschwindens der Mitberechtigung des anderen am Gesellschaftsvermögen, so ist für den Gedanken, daß hier ein Rechtserwerb vorliege, kein Raum. Der Gesellschafter, dem der Anteil des anderen zuwächst, war bereits auf das ganze Vermögen berechtigt, er war in seiner Berechtigung nur beschränkt durch die kraft Mitgliedsrechtes dem anderen zustehende Mitberechtigung. Fällt diese weg, so erwirbt er keine neuen Rechte hinzu, sondern er vergrößert nur seinen Anteil, weil der des anderen infolge Erlöschens seiner Mitgliedschaft nicht übergegangen, sondern weggefallen ist.

Die Übernahme des Geschäftes erfolgt mit Aktiven und Passiven, d. h. die sämtlichen Vermögensrechte werden Allein-

---

[105] Entsch. d. preuß. OVG. Bd. 31 S. 42ff., Bd. 41 S. 79ff.
[106] Entsch. d. preuß. OVG. Bd. 48 S. 166ff.
[107] Entsch. d. preuß. OVG. in JurW. 1909 S. 207.
[108] DJZ. 1909 Nr. 7 S. 404.
[109] Lehrb. des deutschen Zivilprozesses Bd. 1 S. 206.
[110] Der Gegenstand S. 39 Anm. 1.

eigentum des Übernehmenden, ganz gleichgültig ob es bewegliche Gegenstände, Forderungsrechte oder Grundstücke sind, und zwar vollzieht sich dieser Übergang kraft Gesetzes als unmittelbare Folge des Ausscheidens.[111] Wenn das Gesetz von einer Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven, also auch mit den Schulden, spricht, so ist dabei zu beachten, daß mit Rücksicht auf die nach § 128 bestehende Solidarhaftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden die Übernahme der Passiva keine Änderung des bestehenden Zustandes im Verhältnisse zu den Gläubigern bedeutet.[112] Dazu kommt, daß, wie Sohm[113] überzeugend nachgewiesen hat, Schulden keine Gegenstände sind, also bei einer Gesamtnachfolge, welche sich als die Rechtsnachfolge in einen Vermögensinbegriff, d. h. in eine Gesamtheit von Gegenständen darstellt, nicht mit übergehen, so daß Gesamtnachfolge als solche stets nur Gesamtrechtsnachfolge ist. Das hat für die Anhänger der Meinung, daß in den Fällen des § 142 Universalrechtsnachfolge eintrete, ebenfalls die Folge, daß die Schulden nicht ohne weiteres auf den Übernehmer übergehen. Eine Berufung auf die Bestimmung des § 25 HGB., wie Makower[114] sie annimmt, versagt schon um deswillen, weil die Bestimmungen der §§ 25 ff. HGB. sich nur auf die Fälle beziehen, in denen ein vollständiger Wechsel im Subjekt des Geschäftsinhabers stattfindet; außerdem hat § 25 noch zur Voraussetzung, daß die bisherige Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz fortgeführt wird, was nicht ohne weiteres stets der Fall ist.

Bis zum tatsächlichen Übergang des Geschäfts bleibt alles beim alten; deshalb bleibt überall da, wo zwischen der Entstehung des Übernahmegrundes und dem Zeitpunkt der Übernahme eine Frist liegt, wie zwischen der Klagerhebung und dem rechtskräftigen Urteil nach Abs. 1 oder zwischen der Kündigung durch den Privatgläubiger und dem Ende des Geschäftsjahres

---

[111] Staudinger § 738 Anm. I S. 1178.
[112] Seufferts Arch. Bd. 60 S. 456, s. Anm. 223 S. 75.
[113] Der Gegenstand § 5 S. 24 ff.
[114] Makower § 142 IV S. 377.

im Falle des Abs. 2 des § 142, der Ausscheidende vollberechtigt und verpflichtet. Um eine Schädigung durch ihn zu verhüten, kann er im Wege der einstweiligen Verfügung von der Geschäftsführung und Vertretung, falls er an sich dazu berechtigt war, ausgeschlossen werden.[115]

§ 7.

Die Eintragung ins Handelsregister.

Da, wie oben erwähnt, jede Änderung im Stande der Gesellschaft beim Vorhandensein von nur zwei Gesellschaftern die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat, liegt in derselben auch dann, wenn das Geschäft von einem der Gesellschafter mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation übernommen wird, eine nach § 143 HGB. zum Handelsregister anzumeldende eintragungspflichtige Tatsache vor.

Nach § 143 ist in jedem Falle der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft, mit Ausnahme der durch die Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen herbeigeführten, diese Tatsache zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Ebenso ist anzumelden jeder Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters.

Daraus folgt, daß in allen Fällen, welche § 142 statuiert, eine solche Anmeldung zu erfolgen hat.

Da in allen Fällen des § 142 außer der Auflösung auch ein Ausscheiden eines Gesellschafters und die Übernahme des Geschäfts durch den anderen stattfindet, ist es fraglich, was zum Handelsregister anzumelden ist, ob alle drei Tatsachen, oder ob die eine oder andere von ihnen genügt. Im allgemeinen wird man verlangen müssen, daß die Anmeldung aller drei Tatsachen erfolgt.[116] Wenn aber nur das Ausscheiden eines Gesellschafters angemeldet, eingetragen und bekanntgemacht worden ist, so kann es nicht von Bedeutung sein, wenn die durch das Ausscheiden bewirkte Auflösung der Gesellschaft nicht mit eingetragen worden ist, da ja auch ohne die besondere Hervor-

[115] Staub § 140 Anm. 7 S. 527.

[116] Staub § 143 Anm. 2 S. 538; Goldmann § 143 Anm. 11 S. 639.

hebung dieser Tatsache bei einer nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft dieser letzte Erfolg als mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters eintretend sich von selbst ergibt.[117] Immerhin wird man auch in einem solchen Falle verlangen müssen, daß die Tatsache der Geschäftsübernahme mit angemeldet wird, da ja diese nicht ohne weiteres als die gesetzliche Folge eintritt, vielmehr an gewisse Voraussetzungen gebunden, abhängig ist von dem Willen des zur Übernahme berechtigten Gesellschafters. Gleichgültig ist hierbei, ob die Auflösung erfolgt, wie in den Fällen des Abs. 2, zufolge der Übernahmeerklärung an die für ihre Entgegennahme zuständige Person oder, wie im Falle des Abs. 1, mit der Rechtskraft des die Übernahmeberechtigung aussprechenden Urteils. Anzumelden ist aber nur die Tatsache der Auflösung und Geschäftsübernahme als solche, einer Angabe des Auflösungsgrundes bedarf es nicht.[118]

Die Anmeldung ist von beiden Gesellschaftern zu bewirken, insbesondere hat der Übernehmende ein Recht auf Mitwirkung gegen den Ausscheidenden, wie auch dieser umgekehrt gegen den Übernehmenden.[119] Im Falle der Auflösung infolge Eröffnung des Konkurses über das Privatvermögen eines Gesellschafters ist nicht etwa der Konkursverwalter, sondern der Konkurssifex selbst zur Mitwirkung bei der Anmeldung berechtigt und verpflichtet.[120] Die Vorschrift des § 146 Abs. 3 HGB. greift hier nicht Platz. Bei der Weigerung zur Mitwirkung ist der Registerrichter befugt, Ordnungsstrafen bis zum Betrage von 300 Mk. über den Säumigen zu verhängen.[121] Der Anspruch auf Mitwirkung kann auch klagweise geltend gemacht werden.[122]

---

[117] ROHG. Bd. 27 S. 193.

[118] Lehmann § 143 Nr. 2 S. 310; Goldmann § 143 Anm. 10 S. 638, Anm. 1 S. 637.

[119] Goldmann § 143 Anm. 4 S. 637; Lehmann § 143 Nr. 4 S. 310; Makower § 143 II S. 379; Staub § 143 Anm. 3 S. 538.

[120] Lehmann § 143 Nr. 4 S. 310.

[121] § 14 HGB.

[122] Goldmann § 143 Anm. 6 S. 638; Lehmann § 143 Anm. 4 S. 310.

Gegen diesen Klaganspruch kann der Ausgeschiedene nicht einwenden, daß er wegen seines Abfindungsguthabens noch nicht befriedigt sei. Umgekehrt hat aber auch der übernehmende Gesellschafter kein Recht, das Abfindungsguthaben so lange zurückzuhalten, bis der Ausgeschiedene in erforderlicher Weise bei der Anmeldung mitgewirkt hat.[123] Es handelt sich hier um verschiedenartige Ansprüche, die nicht gegeneinander geltend gemacht werden können. Das Recht auf Mitwirkung bei der Anmeldung wurzelt wie das Recht auf die Eintragung selbst im öffentlichen Recht, der Anspruch auf das Abfindungsguthaben ist aber rein zivilrechtlicher Natur, es fehlt also der für das Zurückbehaltungsrecht wesentliche Begriff desselben rechtlichen Verhältnisses. Ist der sich Weigernde auf Grund der erhobenen Klage rechtskräftig oder vollstreckbar zur Mitwirkung bei der Anmeldung verurteilt worden, so genügt zur Eintragung die Anmeldung des anderen Gesellschafters.[124]

Die Anmeldung der Auflösung und der Geschäftsübernahme hat auch dann stattzufinden, wenn die aufgelöste Gesellschaft selbst in das Handelsregister gar nicht eingetragen war. Die Vorschrift des § 143 hat zunächst allerdings nur einen rechtspolizeilichen Charakter, wie aber bereits ausgeführt, haben die einzelnen Mitglieder ein ziviles klagbares Recht auf Mitwirkung bei der Anmeldung. Da, wie weiter unten auszuführen ist, das Gesetz für den die Mitwirkung unterlassenden Gesellschafter außer den bereits erwähnten über ihn vom Registerrichter verhängbaren Ordnungsstrafen Nachteile privatlicher Art androht, ihm aber andererseits Verjährungsprivilege einräumt, so besteht auch für den Fall, daß die Gesellschaft gar nicht eingetragen war, ein erhebliches Interesse für die Gesellschafter an der Eintragung der Auflösung und Geschäftsübernahme. In einem solchen Falle bleibt, um die Weiterhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters auszuschließen, nichts anderes übrig, als noch nachträglich die Gesellschaft und im unmittelbaren Anschluß daran deren Auflösung eintragen zu lassen.[125]

[123] Staub § 143 Anm. 1 S. 538; Goldmann § 143 Anm. 6 S. 638.

[124] § 16 HGB.; Lehmann § 143 Nr. 4 S. 310.

[125] Goldmann Bd. 1 § 15 Anm. 1 I am Ende S. 59, Bd. 2 § 143

Die Eintragung hat bei dem Registergericht, in dessen Bezirk die offene Handelsgesellschaft ihren Sitz hat, zu erfolgen; sind Zweigniederlassungen vorhanden, so ist die Auflösung und Geschäftsübernahme auch bei den Registergerichten der letzteren einzutragen. Als Registergericht sind nach § 125 des Gesetzes betr. die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausschließlich die Amtsgerichte zuständig. Für die Form der Anmeldung und der für eine solche erforderlichen Vollmacht sind in § 12 HGB. zwingende Vorschriften aufgestellt.

Über die Folgen der bewirkten oder unterlassenen Eintragung bestimmt der § 143 HGB. nichts. Eine besondere Bestimmung darüber, wie sie das alte Handelsgesetzbuch in Art. 129 traf, ist überflüssig, da in § 15 des geltenden Gesetzes jetzt eine ganz allgemeine Regelung dieser Frage stattgefunden hat.

Die nicht erfolgte Eintragung und Publikation der Auflösung und Geschäftsübernahme hat auf das Rechtsverhältnis selbst keinen Einfluß. Die Gesellschaft ist und bleibt aufgelöst, und die erfolgte Geschäftsübernahme ist vollrechtswirksam[126] für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander.

Dritten Personen gegenüber aber, welche mit der Gesellschaft in Rechtsverkehr treten, gilt das im Handelsregister eingetragene Gesellschaftsverhältnis noch als fortbestehend.[127] Der ausgeschiedene Gesellschafter ist insoweit noch Mitglied der Gesellschaft und haftet dem Dritten gegenüber noch für die nach seinem Ausscheiden von dem übernehmenden Gesellschafter kontrahierten Schulden genau so, als wenn zur Zeit der Begründung des Schuldverhältnisses noch die Gesellschaft bestanden hätte und er noch eingetragener Gesellschafter gewesen wäre. Wird er daher von einem Gesellschaftsgläubiger wegen nach seinem Ausscheiden und der damit erfolgten Auflösung kontrahierter Schulden in Anspruch genommen, solange die Gesellschaft und er als Mitglied derselben noch im Handelsregister eingetragen

---

Anm. 7 S. 638; Staub § 143 Anm. 1 u. 2 Abs. 3 S. 528; Lehmann § 143 Nr. 2 S. 310; Makower § 143 I S. 378; ROHG. Bd. 23 S. 227.

[126] Staub S. 143 Anm. 5 S. 539; Goldmann § 143 Anm. 20 S. 640; Lehmann § 143 Nr. 6 S. 311.

[127] § 15 HGB.

steht, kann er diesem Gläubiger nur entgegenhalten, daß dieser die Auflösung gekannt habe.[128] Hatte der Dritte zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses Kenntnis davon, daß die Gesellschaft aufgelöst und der in Anspruch genommene Gesellschafter ausgeschieden ist, so ist der letztere von einer Haftung für diese Schulden befreit. Kennenmüssen steht hier der Kenntnis nicht gleich,[129] beweispflichtig für seine Behauptung ist in diesem Falle der betreffende ausgeschiedene Gesellschafter.[130] Die Kenntnis muß sich auf die Auflösung oder das Ausscheiden des Gesellschafters erstrecken. Indessen wird die Kenntnis einer Tatsache, welche nach den Gesetzesbestimmungen die Auflösung der Gesellschaft ohne weiteres zur Folge hat, für die uns interessierenden Fälle, die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des einen Gesellschafters und die Kündigung durch einen Privatgläubiger, regelmäßig der Kenntnis von der Auflösung selbst gleichzuachten sein. Im allgemeinen ist es quaestio facti, ob die Kenntnis anzunehmen ist. Der Richter hat hier nach den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung zu entscheiden.

Wenn dagegen die Auflösung eingetragen und bekanntgemacht worden ist, muß dies der Dritte gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er nachweisen kann, er habe keine Kenntnis von der Eintragung und der Publikation gehabt, noch habe er diese Tatsache kennen müssen. Die Beweislast liegt hier dem Dritten ob; dies ergibt sich schon aus der gebrauchten Wendung „es sei denn".[131] Diesen Nachweis wird er wohl nur in Ausnahmefällen erbringen können, denn wie die Worte „kennen müssen" besagen, hat der Dritte eine Pflicht zur Erkundigung. Er müßte, wollte er mit seiner Behauptung gehört werden können, den Nachweis erbringen, daß er trotz sorgsamer Erkundigung die eingetragene und publizierte Tatsache nicht habe in Erfahrung

---

[128] Lehmann Anhang zu Titel 5 Nr. 1 S. 338.

[129] Staub § 15 Anm. 2 S. 104; Makower § 15 III d, 1 S. 75.

[130] Goldmann Bd. 1 § 15 Anm. 1 II, 1 b S. 59; Staub § 15 Anm. 2 S. 104.

[131] Staub § 15 Anm. 7 S. 106; Goldmann Bd. 1 § 15 Anm. 2 II S. 60; Lehmann § 15 Nr. 10 Anm. 7 c S. 68; Planck Bd. 1 Vorbem. V, 2 S. 48.

bringen können, einen Nachweis, den er beim Vorhandensein des Handelsregisters und der Möglichkeit, jederzeit in dasselbe Einsicht zu nehmen, kaum wird erbringen können.[132]

Von größter Wichtigkeit ist die Eintragung der Auflösung ins Handelsregister für den Beginn der in § 159 HGB. geregelten Verjährungsfrist. Diese beginnt nämlich mit dem Ende des Tages, an welchem die Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister des zuständigen Registergerichts eingetragen worden ist. Hier ist lediglich der Tag der Eintragung von Bedeutung. Auf die Bekanntmachung derselben kommt hier nichts weiter an.

§ 8.

3. Die Firma.

Darüber, ob beim Übergange des Geschäftes im Sinne der Bestimmungen des § 142 auch die bisher von der Gesellschaft geführte Firma mit übergeht und als Firma des nunmehr von dem übernehmenden Gesellschafter betriebenen Geschäftes von diesem weitergeführt werden kann, ist im § 142 nichts gesagt.

Für die Entscheidung dieser Frage ist die Vorschrift des § 24 HGB. heranzuziehen.[133]

Das Gesetz sagt hier ganz allgemein, daß im Falle, daß jemand aus einem Handelsgeschäft als Gesellschafter ausscheidet, ungeachtet dieser Veränderung die bisherige Firma fortgeführt werden könne.

Der § 24 hat also zur Voraussetzung für seine Anwendung einmal, daß sich der Wechsel der Teilhaberschaft in einem bestehenden Handelsgeschäft vollzieht, und sodann, daß jemand als Gesellschafter in ein Geschäft eintritt oder aus einem solchen ausscheidet.

Darnach fallen unter diese Gesetzesbestimmung alle die Fälle, in denen die Geschäftsinhaberschaft einen teilweisen Wechsel erleidet, das Geschäft selbst aber bestehen bleibt. Dabei

---

[132] Makower § 15 IIId, 2 S. 76.

[133] Staub § 24 Anm. 2 S. 150, § 142 Anm. 2 S. 536; Makower § 142 IV S. 377; Lehmann § 142 Nr. 4 S. 308; RG. Bd. 65 S. 382.

ist es ganz gleichgültig, ob sich die rechtliche Qualifikation der Inhaberschaft durch den Wechsel verändert.

Die Vorschrift des § 24 findet daher auch in den Fällen des § 142 Anwendung, wo unter Auflösung des Gesellschaftsverbandes durch die Übernahme des Geschäftes seitens des einen Gesellschafters das bisherige Handelsgeschäft als solches erhalten wird, wenn auch nunmehr an die Stelle der offenen Handelsgesellschaft das Geschäft eines Einzelkaufmanns tritt. Dazu kommt, daß der Gesetzgeber für bedeutend wichtigere Punkte, für die Auseinandersetzung, die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Gesellschaft vorschreibt. Auch daraus läßt sich herleiten, daß in den Fällen des § 142 die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer mehrgliederigen offenen Handelsgesellschaft unter Fortbestand der letzteren ohne jeden Zweifel gültige Anwendung des § 24 HGB. ebenfalls Platz zu greifen hat.[134]

Das Recht auf Geschäftsübernahme schließt daher von selbst das Recht auf Fortführung der Firma in sich.[135] Der übernehmende Gesellschafter ist also ohne weiteres befugt, die alte Firma weiterzuführen. Dabei hat es, wie gesagt, keinen Einfluß, daß die Gesellschaftsfirma nun die Firma eines von einem Einzelkaufmann betriebenen Geschäftes ist. Das vom Handelsgesetzbuch aufgestellte Prinzip der Firmenwahrheit ist insoweit durchbrochen.

Dieses Recht auf Fortführung der Firma greift aber nur dann Platz, wenn der Name des an der Auflösung schuldigen Gesellschafters in der Firma nicht enthalten war.[136] War der Name dieses Gesellschafters dagegen in der Firma enthalten, so bedarf der Übernehmende zur Fortführung der Firma der ausdrücklichen Genehmigung des anderen.

In der Firma enthalten sein muß der Name des Ausscheidenden. Darunter kann nur der Name verstanden werden, der zur Bezeichnung der Persönlichkeit des Ausscheidenden

---

[134] Staub § 24 Anm. 2 Abs. 3 S. 150.

[135] Makower § 142 IV S. 377; Staub § 142 Anm. 2 S. 536.

[136] Lehmann § 142 Nr. 4 S. 308; Makower § 142 IV S. 377.

dient und der in der Firma enthalten ist. Ob nur der Familienname oder auch Vornamen in der Firma enthalten sind, ist gleichgültig. Daher ist eine Genehmigung nur erforderlich, wenn der Name des Ausscheidenden in der Firma auf dessen Person zurückzuführen ist und infolge seiner Beteiligung an dem Handelsgewerbe in die Firma aufgenommen worden war, nicht etwa schon beim bloßen Gleichklang der Namen, z. B. wenn der gleiche Name des Vaters des Ausscheidenden in der Firma enthalten war. Wenn der in der Firma mitenthaltene Vorname von dem Vornamen des Ausscheidenden abweicht, so ist damit dargetan, daß es nicht „dessen Name" ist, der sich in der Firma befindet.[137]

Liegt der Fall vor, daß der Name des Ausscheidenden in der Firma enthalten ist, so bedarf der übernehmende Gesellschafter zur Fortführung der Firma der ausdrücklichen Genehmigung des Ausscheidenden. Zu dieser gehören aber nicht etwa ausdrückliche Worte, sondern nur die für ausdrückliche Erklärungen überhaupt notwendigen Erfordernisse; Schriftform ist nicht notwendig. Der Wille muß nur in einer solchen Weise kundgetan worden sein, daß die Einwilligung als eine ausdrückliche angesehen werden kann. Ob diese Erfordernisse erfüllt sind, ist von Fall zu Fall zu beurteilen. Aus dem Erfordernis der Ausdrücklichkeit folgt, daß konkludente Handlungen, bloßes Stillschweigen, Dulden der Fortführung, nicht als genügend gelten können.[138]

In den Fällen des Abs. 2 des § 142 steht das Recht der Zustimmung dem ausscheidenden Gesellschafter, nicht etwa dem Privatgläubiger oder dem Konkursverwalter zu; letzterem schon um deswillen nicht, weil die Firma kein der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögensstück und daher nicht ein Teil der Konkursmasse ist.[140]

Im Gesellschaftsvertrage kann dagegen sehr wohl bestimmt werden, daß die Erteilung der Einwilligung zur Fortführung der

---

[137] Staub § 24 Anm. 3 S. 151; Goldmann Bd. 1. § 24 Anm. 2 I S. 99.

[138] Goldmann Bd. 1 § 24 Anm. 2 II S. 100; Staub § 22 Anm. 7 S. 139; Lehmann § 24 Nr. 7 S. 85.

[140] RG. Bd. 9 S. 106; Makower § 142 IV S. 377.

Firma seitens des Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, nicht nötig sei, bezw. daß ein Widerspruch gegen die Fortführung seitens des an sich nach § 24 Abs. 2 Widerspruchsberechtigten unwirksam sein solle. Andererseits kann auch abweichend von der nach § 24 Abs. 1 aufgestellten Regel vereinbart und vertraglich bestimmt werden, daß in jedem Falle das Recht zur Fortführung der Firma von der Genehmigung des Ausscheidenden abhängen solle, auch wenn dessen Name in der Firma gar nicht enthalten ist.[141] Eine Vereinbarung des Gesellschaftsvertrages, daß die Einwilligung des Ausscheidenden nicht erforderlich bezw. sein Widerspruch unwirksam sein solle, daß vielmehr die Firma unter allen Umständen von dem übernehmenden Gesellschafter fortgeführt werden könne, ist ein im voraus erklärter Verzicht auf ein eventuelles Widerspruchsrecht, der aber trotzdem rechtswirksam erklärt werden kann.

Die Zustimmung ist, wenn die Eintragung erfolgen soll, dem Registerrichter in öffentlich beglaubigter Form nachzuweisen.[142] Hierbei hat in der Regel der Ausscheidende mitzuwirken.

Widerspricht der Ausscheidende der Fortführung der Firma oder versagt er seine Zustimmung, so darf der übernehmende Gesellschafter die Firma nicht fortführen, weder in der ursprünglichen Form noch mit einem das Nachfolgeverhältnis bezeichnenden Zusatze. Es darf auch nicht ein Zusatz in der Weise gemacht werden, daß in ihm der Name des tatsächlichen Geschäftsinhabers enthalten ist. Der Ausscheidende ist, sofern er eine Fortsetzung der Firma zu verbieten berechtigt ist, schlechthin in der Lage, seine Zustimmung zu verweigern, ein besonderes Interesse daran, daß er eine Weiterführung der Firma nicht wünscht, braucht er nicht nachzuweisen.

Macht er Gebrauch von seinem Verweigerungsrecht, so muß der übernehmende Gesellschafter eine neue Firma wählen unter Beachtung der hierfür bestehenden gesetzlichen Vorschriften.[143]

---

[141] Makower § 24 IIb, 1 u. 2 S. 121; Staub § 24 Anm. 6 S. 152; Lehmann § 24 Nr. 3 S. 88.

[142] § 12 HGB.

[143] Lehmann § 24 Nr. 3 S. 88; Makower § 24 IIb, 2 S. 121; Goldmann Bd. 1 § 24 Anm. 2 III S. 100.

Staub[144] ist der Meinung, daß der übernehmende Gesellschafter nicht notwendig eine völlig neue Firma zu wählen und dabei die Vorschriften über die Wahl neuer Firmen zu beachten brauche. Seiner Meinung nach entspreche dies zwar dem starren Wortlaute des Gesetzes, gehe aber über die Absicht des Gesetzes weit hinaus und führe zur unnützen Zerstörung von Werten, das Gesetz wolle nur das Namensrecht der Ausscheidenden schützen, die Fortsetzung an sich mit der durch die Veränderung der Sach- und Rechtslage gebotenen Änderung der Firma zu untersagen, habe dem Gesetzgeber ferngelegen. Staub ist also der Meinung, daß der übernehmende Gesellschafter nicht notwendig eine völlig neue Firma wählen müsse, sondern nur den in der Firma enthaltenen Namen des Ausscheidenden zu beseitigen hätte, daß er dagegen berechtigt sei, den übrigen Teil der Firma beizubehalten.

Gegen diese außer von Staub noch von Allfeld und Keyßner vertretene Meinung wenden sich m. E. mit Recht v. Hahn, Makower, Goldmann und Opet.[145]

Die Firma stellt ein untrennbar Ganzes dar. Ihr Wert liegt in ihrer Einheit, nicht in ihren Teilen, und in der Regel wird auch der in einer Firma liegende Wert nicht durch die Erhaltung von Teilen derselben erhalten werden können. Von einer unnützen Zerstörung von Werten kann daher schon aus diesem Grunde nicht gesprochen werden. In der Forderung, daß der übernehmende Gesellschafter eine neue Firma wählen muß, liegt aber auch keine unbillige Härte für ihn.

§ 9.

4. Das Erlöschen des Konkurrenzverbotes.

Für die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft ist in § 112 HGB. ein Konkurrenzverbot aufgestellt; der Zweck

---

[144] Staub § 24 Anm. 3 Abs. 4 S. 151.

[145] Allfeld im Komm. von Anschütz und v. Völderndorff Art. 24; Keyßner, HGB. Art. 24 Anm. 4; v. Hahn § 3 zu Art. 24 S. 115; Makower, Goldmann, Lehmann s. unter Nr. 143; Opet in Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 49 S. 132.

desselben, besteht darin, zu verhindern, daß ein Gesellschafter den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft durch Konkurrenz in demselben Handelszweige mit Hilfe der durch seine Gesellschaftszugehörigkeit über deren Geschäftsverbindungen beziehentlich der sonstigen den Geschäftsbetrieb betreffenden Tatsachen erlangten Kenntnisse schädige, und daß ein Konflikt zwischen den Interessen der Gesellschaft und seinen eigenen privaten entstehe, durch den er veranlaßt werden könnte, mehr seine Privatinteressen als die der Gesellschaft zu wahren.[146] Staub[147] nimmt an, daß das in § 112 aufgestellte Verbot ein reines Konkurrenzverbot sei, daß nicht die Besorgnis, der Gesellschafter könnte seine Tätigkeit der Gesellschaft entziehen oder sonst sein Privatvermögen aufs Spiel setzen, sondern lediglich die, er könnte die Gesellschaft in ihrer Entfaltung hindern, der Grund des Verbotes sei. Diese Begründung erscheint m. E. als zu eng.

Das Konkurrenzverbot des § 112 hat zur Voraussetzung das Bestehen der Gesellschaft, erlischt also mit deren Auflösung.[148] Da in allen Fällen des § 142 die Auflösung der Gesellschaft eintritt, erlischt hier das Konkurrenzverbot, soweit es in § 112 geregelt ist, ohne weiteres.[149]

Außer dem gesetzlichen Konkurrenzverbot des § 112 können aber im Gesellschaftsvertrage für den Fall der Auflösung der Gesellschaft Konkurrenzklauseln, welche für die Zeit nach der Auflösung wirksam sein sollen, vereinbart werden.[150] Ihr Zweck ist, zu verhindern, daß der ausscheidende Gesellschafter die während der Dauer der Zugehörigkeit zur Gesellschaft erlangten Kenntnisse zum Zwecke der Konkurrenz benutze; ein derartiges Konkurrenzverbot will den die Gesellschaft als Einzelkaufmann fortführenden Gesellschafter gegen Benachteiligung durch den Ausscheidenden schützen. Die Vereinbarung solcher Konkurrenzverbote ist im Rahmen der durch § 138 BGB. gezogenen Grenze zulässig. Die §§ 74 u. 75 HGB. können hier nicht in Betracht kommen, weil

---

[146] Goldmann § 112 Anm. 1 S. 498.
[147] Staub § 112 Anm. 1 S. 436.
[148] ROHG. Bd. 21 S. 145; Staub § 112 Anm. 6 S. 437.
[149] Goldmann § 112 Anm. 2 S. 498; Lehmann § 112 Nr. 5 S. 239.
[150] Goldmann § 112 Anm. 3 S. 498; Staub § 112 Anm. 8 S. 437.

diese ein Abhängigkeitsverhältnis zur Voraussetzung haben. Diese Bestimmungen sind im sozialpolitischen Interesse erlassen und haben lediglich die Tendenz, einer ganz bestimmten Klasse von Personen, nämlich den Handlungsgehilfen, die im Kampfe ums Dasein als die wirtschaftlich Schwachen gegenüber den Prinzipalen anzusehen sind, eine gesetzliche Hilfe zu bieten. Von einem Handlungsgehilfenverhältnis ist aber zwischen zwei Gesellschaftern keine Rede, auch eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften ist nicht angängig.[151] Für die Gültigkeit eines solchen Konkurrenzverbotes kommt also nicht in Betracht, daß in ihm gerade eine unbillige Erschwerung des Fortkommens liege, auch die Begrenzung auf drei Jahre ist nicht anwendbar. Es kommt einzig und allein in Frage, ob die Vereinbarung, so wie sie getroffen ist, gegen die guten Sitten verstößt oder nicht.

Ist das letztere der Fall, so ist das Konkurrenzverbot seinem ganzen Inhalte nach unwirksam und eine etwa an seine Verletzung geknüpfte Vertragsstrafe kann nicht mit der Begründung aufrechterhalten werden, daß soweit das Verbot verletzt ist, eine unzulässige Beschränkung der Gewerbefreiheit, also auch ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht anzunehmen sein würde.[152] In jedem Konkurrenzverbote liegt natürlich eine Beschränkung der persönlichen und gewerblichen Freiheit dessen, der sich ihm unterwirft, aber wenn es nach Ort, Zeit und Gegenstand so begrenzt ist, daß es eine erhebliche wirtschaftliche Beeinträchtigung des Verpflichteten nicht zur Folge hat und einem berechtigten Interesse entspricht, kann es als gegen die guten Sitten verstoßend nicht angesehen werden.[153] Überschreitet das Konkurrenzverbot die zulässigen Grenzen, so ist es, wie schon gesagt, im vollen Umfange nichtig. Der Richter ist nicht etwa in der Lage, nach seinem Ermessen die Beschränkung der Erwerbsfähigkeit auf das Maß der Billigkeit zurückzuführen.[154]

---

[151] Staub § 22 Anm. 33 u. 34 S. 148; Goldmann § 112 Anm. 3 S. 498, § 74 Anm. 3 S. 361; Lehmann Anhang zum Titel 5 Nr. 13 S. 341.

[152] RG. in JurW. 1907 S. 494, Bd. 31 S. 99.

[153] DJZ. 1907 S. 664.

[154] Staub § 22 Anm. 36 S. 148.

Auch die Vorschrift des § 75 Abs. 2 HGB. über die Zahlung einer bedungenen Strafe bei Verletzung des Konkurrenzverbotes kann aus den obenerwähnten Gründen hier nicht Anwendung finden. Es sind hier vielmehr die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Vertragsstrafe entsprechend anzuwenden. Hierbei ist aber auf § 348 HGB. Rücksicht zu nehmen, der das richterliche Ermäßigungsrecht des § 343 BGB. für den Fall ausschließt, daß ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Vertragsstrafe versprochen hat.[155]

§ 10.

5. Der Einfluß der Geschäftsübernahme auf schwebende Prozesse.

Nach § 124 Abs. 1 kann die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma klagen und verklagt werden. Durch diese Vorschrift billigt das Gesetz die in der Wissenschaft und Rechtsprechung, insbesondere der des Reichsgerichts, vorwiegend zur Geltung gelangte Auffassung, daß die offene Handelsgesellschaft nicht eine von den Gesellschaftern verschiedene, deren individuelle Rechtssubjektivität absorbierende, die Gesellschafter nur als natürliches Substrat in sich fassende Person sei, sondern daß vielmehr die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft die Träger der unter der Firma erworbenen Rechte und Pflichten seien, und daß daher, wenn die Gesellschaft unter ihrer Firma klagt oder verklagt wird, die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung unter der Firma die Kläger oder die Beklagten seien.[156] Damit wird die offene Handelsgesellschaft nicht zur juristischen Person, es wird aber damit dem aus den Gesellschaftern gebildeten Personenverein formelle Parteifähigkeit verliehen.

---

[155] Staub § 22 Anm. 37 S. 148.

[156] Staub § 124 Anm. 1 S. 542; Goldmann § 124 Anm. 5 u. 6 S. 465; Lehmann § 124 Nr. 5 S. 261; Wach, Handb. S. 523ff.; a. M. Hellwig, Anspruch und Klagrecht; Gaupp-Stein Bd. 1 § 50 II d und Anm. 21 S. 139, § 239 I a. E. S. 518; Arend, Die Parteiqualität der offenen Handelsgesellschaft; Makower 12. Aufl. § 124 II c S. 229, 13. Aufl. § 124 II c, 2, 6, 7 S. 325/26.

Träger aller juristischen Folgen, also Prozeßpartei, sind darnach die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung, d. h. insofern sie sich zur Gesellschaft vereinigt haben und Gesamteigentümer eines den Zwecken der Gesellschaft gewidmeten Vermögens sind.[157]

Die Folge dieser Annahme ist, daß bei Auflösung der offenen Handelsgesellschaft, wenn keine Liquidation eintritt, in Aktivprozessen derselben die bisher unter der Gesellschaftsfirma verdeckten Gesellschafter Prozeßpartei werden, und zwar, da es sich um einen Anspruch handelt, der aus dem Gesellschaftsverhältnis herrührt, in notwendiger Streitgenossenschaft.[158]

Erfolgt nun gleichzeitig mit der Auflösung die Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven durch einen der Gesellschafter, so ist m. E. zu unterscheiden, ob man die Frage, ob hier Anwachsung stattfindet, bejahen will oder nicht.

Nimmt man an, daß der Übergang im Wege der Singularnachfolge sich vollzieht, so bleibt der übernehmende Gesellschafter zusammen mit dem Ausscheidenden Prozeßpartei, und zwar nicht als Rechtsnachfolger, sondern als früherer Mitgesellschafter. Der übernehmende Gesellschafter kann den Prozeß allein weiterführen, allerdings infolge von § 62 ZPO. mit Wirkung für den Ausgeschiedenen.[159] Will er dies erreichen, so bedarf er dazu der Einwilligung des Gegners nicht aus dem in § 265 Abs. 2 ZPO. genannten Grunde als Rechtsnachfolger, denn er ist ja von Anfang an Partei gewesen, wenn auch verdeckt durch den Firmennamen, sondern nach § 271 ZPO., weil eine Klagrücknahme seitens des Ausgeschiedenen vorliegt. Ist der Gegner mit dem Ausscheiden des letzteren aus dem Prozesse

---

[157] RG. Bd. 35 S. 388, Bd. 46 S. 41, Bd. 46 S. 321, Bd. 64 S. 77; JurW. 1901 S. 226 Nr. 3, 1906 S. 477 Nr. 41, S. 692 Nr. 16, 1907 S. 226 Nr. 3, S. 313 Nr. 16, S. 515 Nr. 18; Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 344, 345, Bd. 13 S. 141, Bd. 15 S. 71; Seufferts Arch. Bd. 42 Nr. 127, Bd. 43 Nr. 43, Bd. 48 Nr. 275, Bd. 56 Nr. 131, Bd. 57 Nr. 92, Bd. 61 Nr. 262.

[158] A. M. Makower § 124 IIc, 7 S. 326; Gaupp-Stein Bd. 1 § 62 IIc S. 164; dafür RG. in JurW. 1907 S. 313, 1901 S. 226 Nr. 3; Entsch. in Zivils. Bd. 46 S. 321; Rechtspr. d. OLG. Bd. 15 S. 71.

[159] RG. Bd. 46 S. 41; Staub § 124 Anm. 20 S. 468.

einverstanden, so kann der Ausgeschiedene, weil er nunmehr dem Rechtsstreit als Dritter gegenübersteht, als Zeuge benannt und vernommen werden. Allerdings wird er dann in der Regel gemäß § 393 Ziff. 4 unbeeidigt zu vernehmen sein, da der Ausgang des Prozesses auf die Höhe seines Abfindungsguthabens Einfluß haben kann.

Nimmt man dagegen mit dem Reichsgericht an, daß hier Anwachsung stattfindet, so ist die notwendige Folge m. E., daß der geltend gemachte Anspruch, wenn er ein Forderungsrecht der Gesellschaft darstellt, von dem übernehmenden Gesellschafter allein, und zwar nur allein noch geltend gemacht werden kann,[160] daß hier die Aktivlegitimation des Ausscheidenden ohne weiteres erlischt und er, ohne daß es insoweit einer Klagrücknahme bedarf, aus dem Prozeß als Kläger ausscheidet. Auf die Kosten ist dies ohne allen Einfluß, da, solange die Übernahme noch nicht erfolgt ist, die Gesellschaft Klägerin war und infolge Geltendmachung des Anspruchs durch sie, die nach herrschender Meinung auch nur durch sie erfolgen konnte, besondere Kosten nicht entstanden sind. In der durch das Ausscheiden des einen Gesellschafters aus dem Prozesse entstandenen Veränderung in der Parteirolle liegt für die beklagte Partei keine Härte, denn der nunmehr bestehenden Möglichkeit, den ausgeschiedenen Gesellschafter als Zeugen vernehmen zu lassen, ist durch die Vorschrift des § 393 Ziff. 4 ZPO. eine allzu erhebliche Wirkung genommen.

Das Reichsgericht hat allerdings die Möglichkeit, daß der das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmende Gesellschafter den Prozeß allein weiterführe und der Ausgeschiedene als Zeuge ohne weiteres vernommen werden könne, in einer Entscheidung in Bd. 35[161] verneint, weil in einem solchen Falle keine Gesamtrechtsnachfolge, sondern Singularnachfolge stattfindet. Wie wir aber gesehen haben, bejaht das Reichsgericht jetzt, wenn auch nicht die Universalsuccession als solche, so doch die Anwachsung in einem solchen Falle. Wenn zwischen

---

[160] RG. in Seufferts Arch. Bd. 60 S. 456.

[161] Bd. 35 S. 388, Bd. 46 S. 41.

diesen beiden Punkten zwar eine theoretische Verschiedenheit besteht, so ist doch das praktische Ergebnis dasselbe und es ist daher m. E. die Frage für die Fälle des § 142 im gedachten Sinne zu entscheiden.

Bei Passivprozessen der Gesellschaft hat die Auflösung, wenn Liquidation eintritt, ebenfalls die Folge, daß die Gesellschafter als Prozeßpartei Beklagte werden, und zwar im allgemeinen in gewöhnlicher Streitgenossenschaft. In der Fortsetzung des Prozesses gegen sie liegt daher auch keine Klagänderung.[162] Nur dann wird man eine notwendige Streitgenossenschaft als vorliegend erachten müssen, wenn die wegen Gesellschaftsschulden verklagten Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft ihre Verteidigung ausschließlich dem zwischen dem Kläger und der Gesellschaft bestehenden Rechtsverhältnisse entnehmen.[163]

Für den Fall, daß mit der Auflösung gleichzeitig der Übergang des Geschäftes auf den einen der Gesellschafter mit Aktiven und Passiven erfolgt, ohne daß Liquidation eintritt, hat dasselbe zu gelten. Auch hier werden die beiden Gesellschafter Prozeßpartei. Der Kläger kann aber den Prozeß gegen den das Geschäft Übernehmenden allein weiterführen und die Klage gegen den Ausgeschiedenen mit dessen Zustimmung zurücknehmen. Dies folgt aus dem Grundsatze der Solidarhaftung.[164] Auch die Entscheidung der Frage, ob in den Fällen des § 142 Anwachsung eintritt oder nicht, hat hier keinen Einfluß. Wie schon dargelegt, hat die Übernahme der Passiven durch den einen Gesellschafter keinen Einfluß auf die gemäß § 128 bestehende persönliche gesamtschuldnerische Haftung jedes Gesellschafters für die Gesellschaftsschulden und bringt keine Veränderung in dem Verhältnis zu den Gläubigern hervor.[165] Auch eine Hereinziehung der Bestimmungen des § 25 HGB., wie Makower[166]

---

[162] RG. in JurW. 1906 S. 477 Nr. 41; Entsch. in Zivils. Bd. 64 S. 77.

[163] Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 148; JurW. 1898 S. 113.

[164] Staub § 124 Anm. 19 S. 468.

[165] Seufferts Arch. Bd. 60 S. 456; Oertmann § 736 Anm. 1 S. 796, § 738 Anm. 2 S. 799.

[166] Makower § 124 IIc, 7 S. 326, § 142 IV S. 377.

meint, daß nämlich in der Übernahme des Geschäftes bezüglich der Schulden ein neuer Verpflichtungsgrund liegt, ist, da kein vollständiger Wechsel im Subjekt des Inhabers stattfindet, unmöglich. Es bleibt hier also die Streitgenossenschaft bestehen.

Staub[167] vertritt die Meinung, daß im Falle der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft ohne Liquidation bei Passivprozessen der Klage der Boden entzogen werde und es daher der Anstrengung einer neuen bedürfe. Dies wäre aber im höchsten Grade unpraktisch und würde zu erheblicher Verschleppung der Prozesse führen, ganz abgesehen davon, daß die obenerwähnte formelle Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft dagegen spricht.

Dernburg[168] ist der Ansicht, daß die in einem solchen Falle sich ergebende Schwierigkeit nicht darin liege, daß man mit dem Reichsgericht und den Vertretern der formellen Parteifähigkeit annimmt, nicht die Gesellschaft, sondern die Gesellschafter in ihrer Vereinigung seien Prozeßpartei. Denn gerade diese Vereinigung habe aufgehört. Man werde aber dem Reichsgericht zustimmen müssen, daß sich der Prozeß gegen die Gesellschaft, obgleich sie erloschen sei, erhalte, und zwar als ein solcher gegen den Gesellschafter, welcher ihr Vermögen übernahm. Der Prozeß setze sich gegen ihn nicht persönlich fort, sondern gegen ihn, soweit er Gesellschaftsvermögen hinter sich habe. Denn die Zwangsvollstreckung sei das praktische Endziel der Klage gegen die Gesellschaft gewesen, und dieses lasse sich immer noch erreichen. M. E. ist diese direkte Beschränkung des Prozesses in einen solchen gegen den übernehmenden Gesellschafter nicht möglich, weil dabei die Bestimmung des § 128 HGB., die der offenen Handelsgesellschaft eigentümlich und für die Bezeichnung einer Gesellschaft als offene Handelsgesellschaft bestimmend ist, unberücksichtigt bleibt. Das Reichsgericht spricht auch nicht davon, daß sich der Prozeß gegen den übernehmenden Gesellschafter erhält, sondern es ist nur der An-

---

[167] 6. u. 7. Aufl. § 124 Anm. 13 S. 398; a. M. 8. Aufl. § 124 Anm. 20, 21 S. 468; Goldmann § 124 Anm. 10 S. 545.

[168] Bd. 2, 2 § 365 b, VI S. 643.

sicht, daß die Auflösung an sich und der Geschäftsübergang den einmal begonnenen Prozeß nicht berühre und etwa die Erhebung einer neuen Klage gegen den übernehmenden Gesellschafter nötig mache.

Der Kläger wird in den meisten Fällen allerdings nur ein Interesse an der Fortsetzung des Prozesses gegen den das Gesellschaftsvermögen hinter sich habenden Gesellschafter haben, aber es sind ebensogut Fälle denkbar, wo ihm in der Person des Ausgeschiedenen ein zahlungsfähigerer Schuldner gegenübersteht als in dem das Gesellschaftsvermögen besitzenden. Zwar wird man entgegenhalten können, daß ja seine gegen die Gesellschaft gerichtete Klage ihm auch nur die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ermöglicht hätte und nicht in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter. Doch kann man m. E., wenn man einmal der offenen Handelsgesellschaft formelle Parteifähigkeit zuspricht, was eben das Eintreten der Gesellschafter in den Prozeß als Partei bei Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat, nicht in einem Ausnahmefall den Gläubiger ungünstiger stellen.

Nimmt der Kläger die Klage gegen den Ausgeschiedenen zurück, wozu nur dessen Zustimmung erforderlich ist, so scheidet dieser aus dem Prozeß aus und kann als Zeuge auftreten. Es gilt auch hier bezüglich der Vereidigung das oben Gesagte, so daß für den Übernehmenden ein direkter Nachteil kaum zu erwarten ist, ganz abgesehen davon, daß in der Regel der Ausgeschiedene ein Interesse am Obsiegen des Übernehmers haben wird.

Waren dagegen neben der Gesellschaft die einzelnen Gesellschafter mitverklagt, so hat die Übernahme des Geschäftes durch den einen von ihnen auf den Prozeß keinen Einfluß. Der Kläger wird daher stets gut daran tun, die Klage sowohl gegen die Gesellschaft als auch gegen die Gesellschafter zu richten.

Ist nun im Laufe des Prozesses die Auflösung der Gesellschaft erfolgt und das Geschäft von einem der Gesellschafter mit Aktiven und Passiven übernommen worden, so kann das nunmehr ergehende Urteil sich nicht mehr gegen die Gesellschaft richten, sondern es muß gegen die Gesellschafter als Einzel-

personen, und zwar gemäß § 128 HGB. als Gesamtschuldner ergehen. Das folgt ohne weiteres aus der Natur der Sache. Es ist bei einer solchen Sachlage undenkbar, daß ein gegen die Gesellschaft als solche vollstreckbares Urteil erginge wie bei bestehender Gesellschaft; das gegen die Streitgenossen ergehende Urteil muß selbstverständlich gegen diese vollstreckbar sein.[169]

Der Kläger kann auf Grund eines solchen Urteils gegen jeden der beiden Gesellschafter, und zwar in das Vermögen eines jeden vollstrecken.

Anders liegt der Fall, wenn die Auflösung erfolgt, nachdem das Urteil ergangen ist. Hier ist im Urteil als Beklagte die Gesellschaft aufgeführt. Hier kann der Kläger m. E. verlangen, daß ihm eine gegen die Gesellschafter als Solidarschuldner die Zwangsvollstreckung zulassende Vollstreckungsklausel erteilt werde.[170] Diese Vollstreckungsklausel wird allerdings zum Ausdruck bringen müssen, daß die Vollstreckung nur in das Gesellschaftsvermögen zulässig ist.[171] Für die Fälle des § 142 würde dies also bedeuten: in das Vermögen des übernehmenden Gesellschafters. Diese Beschränkung macht sich im Falle, daß die Auflösung nach Erlaß des Urteils erfolgt, m. E. deshalb nötig, weil hier die als Solidarschuldner in Anspruch genommenen Gesellschafter während des Prozesses Einwendungen, die in ihrer Person begründet waren, nicht haben geltend machen können, während sie im Falle, daß die Auflösung noch während des Prozesses erfolgt, sie also als Einzelpersonen Prozeßpartei geworden wären, Einwendungen aus ihrer Person nach § 129 hätten geltend machen können.

In dieser Beschränkung liegt keine Härte für den Kläger, denn dieser wird nicht schlechter gestellt. Wäre die Gesellschaft nicht aufgelöst worden, hätte er auf Grund seines Urteils nur ins Gesellschaftsvermögen vollstrecken können. Der Übernehmende wird auch nicht schlechter gestellt, weil der Aus-

[169] Staub § 124 Anm. 23 S. 468; Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 344; RG. Bd. 46 S. 41.

[170] Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 345.

[171] Staub § 124 Anm. 23 S. 468; Makower § 124 II c, 7 S. 327; Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 345.

geschiedene ja gegen ihn Regreßansprüche hätte für den Fall, daß er nach erfolgter Auflösung für Gesellschaftsverbindlichkeiten in Anspruch genommen wird.

Ist ein bedingtes Endurteil gegen die Gesellschaft ergangen, so kann es gegen die einzelnen Gesellschafter geläutert werden.[172]

Bezüglich während des Prozesses zugeschobener Eide ist zu beachten, daß, wie mehrfach erwähnt, nach erfolgter Auflösung in Passivprozessen die Gesellschafter als einfache Streitgenossen Prozeßpartei sind; es muß daher der Kläger sich schlüssig machen, ob er die Eideszuschiebung an beide Gesellschafter oder nur an einen von ihnen wiederholen will. Ebenso kann die Möglichkeit bestehen, daß einer der Gesellschafter den Eid leistet, der andere ihn verweigert; hier ist dann unter Umständen die Klage gegen den einen Gesellschafter abzuweisen, ihr aber gegen den anderen stattzugeben.

In Aktivprozessen wird mit Rücksicht auf die für die Fälle des § 142 anzunehmende Fortführung des Prozesses durch den das Geschäft übernehmenden Gesellschafter allein ein Eid nur von diesem, ein bedingtes Endurteil auch nur gegenüber diesem zu läutern sein.

Bezüglich des richterlichen Eides gilt für Aktiv- wie Passivprozesse § 476 ZPO.

II. Die Wirkung der Geschäftsübernahme gegenüber Dritten in vermögensrechtlicher Hinsicht.

A. Die Auseinandersetzung im allgemeinen.

§ 11.

Mit der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft und der Übernahme des bisher von dieser betriebenen Geschäfts durch einen der Gesellschafter hört natürlich jede auf Erwerb gerichtete,

---

[172] Staub § 124 Anm. 21 a. E. S. 468; Makower § 124 II c, 7 S. 327; Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 344.

also jede produktive Tätigkeit der Gesellschaft auf.[173] Das Handelsgewerbe, welches bisher durch die unter der Gesellschaftsfirma verbundenen beiden Gesellschafter gemeinsam betrieben wurde, wird nun von dem einen der beiden als Einzelkaufmann fortgesetzt. Trotzdem besteht aber zwischen den beiden ehemaligen Gesellschaftern noch eine Verbindung, wenn auch nicht gesellschaftsrechtlicher Art. Diese dauert so lange, bis die Auseinandersetzung zwischen beiden beendet ist. Der das Geschäft mit Aktiven und Passiven Übernehmende hat den anderen abzufinden, und solange noch Geschäfte schweben, die aus der Gesellschaftszeit herstammen, solange ist das Band, welches die beiden Gesellschafter einst so eng verband, noch nicht ganz gelöst.

Der Abs. 3 unseres § 142 bestimmt nun, daß für die zwischen den beiden Gesellschaftern stattfindende Auseinandersetzung die Vorschriften entsprechende Anwendung zu finden haben, welche für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer offenen Handelsgesellschaft bei deren Fortbestand unter den übrigen Geltung haben.

Das neue Handelsgesetzbuch enthält darüber im Gegensatz zu dem von 1861 keine Bestimmungen, und sind daher gemäß § 105 HGB. die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches ergänzend heranzuziehen.

Diese Vorschriften, die in den §§ 738—740 BGB. enthalten sind, sind nur dispositiver Natur; sie greifen nur ein, wenn im Gesellschaftsvertrage nichts anderes bestimmt ist, oder wenn die beiden Gesellschafter bei der Auflösung und Geschäftsübernahme nicht eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart haben.[174]

---

[173] Staub § 131 Anm. 1 S. 496; Makower § 131 II S. 356; Lehmann § 105 Nr. 1 S. 282; Goldmann § 131 Anm. 1 S. 579; v. Hahn § 1 zu Art. 123 S. 537; Dernburg Bd. 2, 2 § 366 I S. 565; Lastig S. 44; Gaupp-Stein Bd. 1 § 239 I S. 515.

[174] Goldmann § 138 Anm. 7 S. 608; Staub Exk. zu § 141 Anm. 13 S. 533; Staudinger § 738 III S. 1180; Lehmann Anhang zum Titel 5 Nr. 11 S. 341; Planck § 738 Anm. 6 S. 777.

Die Auseinandersetzung selbst ist, modifiziert auf die Fälle des § 142, nach einer Entscheidung des Reichsgerichts[175] aufzufassen als Aufgabe des Mitrechts am Gesellschaftsvermögen seitens des Ausscheidenden zugunsten des das Geschäft übernehmenden Gesellschafters gegen Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung der dem Werte seines Geschäftsanteils entsprechenden Summe seitens des Übernehmenden. Wie bei einer Mehrzahl von Gesellschaftern die nach Ausscheiden eines Mitgliedes unter den übrigen fortgesetzte Gesellschaft, so hat in den Fällen des § 142 der das Geschäft übernehmende Gesellschafter dem Ausgeschiedenen noch Anteil an den fortlaufenden alten Geschäften zu gewähren, hat ihn vor Inanspruchnahme aus den von ihm zur Tilgung übernommenen Gesellschaftsschulden zu schützen.

Der Anteil des Ausgeschiedenen, der ihm kraft seines Mitgliedsrechtes am Gesellschaftsvermögen zustand, wandelt sich um in einen persönlichen Anspruch gegen den Übernehmenden;[176] er wird hinsichtlich seines Abfindungsguthabens dessen Gläubiger. Sein Anteil am Gesellschaftsvermögen erlischt, weil sein Mitgliedsrecht an der Gesellschaft infolge Untergangs derselben ein Ende gefunden hat,[176a] sein Anspruch ist ein reines Forderungsrecht geworden, welches er sogar im Wege der Abtretung auf Dritte übertragen kann; nicht übertragbar jedoch sind die in seinem Gesellschaftsverhältnisse wurzelnden Rechte auf Mitwirkung bei der Auseinandersetzung und auf Rechenschaft über schwebende Geschäfte.[176b]

Wie schon oben erwähnt, wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen dem Übernehmenden kraft Gesetzes zu, ohne daß es eines Übertragungsaktes bedürfte. Das Gesellschaftsvermögen, welches durante societate im Gesamteigentum der beiden Gesellschafter stand, ist damit Alleineigentum des Übernehmenden geworden. In der Anwachsung liegt, wie schon aus-

---

[175] RG. Bd. 7 S. 94/95.

[176] Staub Exk. zu § 141 Anm. 7 S. 531/32; Staudinger § 738 II, 2d S. 1179; RG. Bd. 18 S. 43 ff.; Goldmann § 138 Anm. 12 S. 609.

[176a] Sohm, Der Gegenstand S. 39 ff.

[176b] Staudinger § 740 Anm. 5 S. 1182.

geführt, keine Rechtsnachfolge im Sinne der Universalsuccession; Anwachsung ist kein Rechtserwerb.[177] Dadurch, daß das Reichsgericht in der ausführlich besprochenen Entscheidung in Bd. 65[178] auch für die Fälle des § 142 die Accreszenz als die vom Gesetz gewollte Form des Eigentumsübergangs bezeichnet hat, hat es dem das neue Handelsgesetzbuch überhaupt beherrschenden Bestreben, der offenen Handelsgesellschaft eine größte Festigkeit zu verleihen und das von ihr betriebene Geschäft in seinem Bestande als Ganzes so sehr als möglich zu erhalten, ohne daß der Übernehmende ein Einspruchsrecht des Ausgeschiedenen befürchten muß, Ausdruck verliehen.

B. Die Auseinandersetzung im besonderen.

1. Im Verhältnis der Gesellschafter untereinander.

§ 12.

1. Die Rechte.

Nach § 738 BGB. hat der Ausscheidende das Recht, die Herausgabe der Sachen, die er der Gesellschaft nur zur Benutzung überlassen hatte, zu verlangen, und zwar nach Maßgabe des § 732 BGB. Die Einbringung von Gegenständen in das Gesellschaftsvermögen durch einen Gesellschafter kann in zweierlei Weise geschehen, entweder quoad sortem oder quoad usum. Im ersten Falle bleiben die Gegenstände Teile des Gesellschaftsvermögens und gehen mit auf den Übernehmenden über, im letzten Falle kann der Ausgeschiedene deren Rückgabe verlangen, und zwar in natura. Ist ein solcher Gegenstand durch Zufall untergegangen oder schlechter geworden, so kann er hierfür Ersatz nicht fordern, war dagegen der Untergang oder die Verschlechterung solcher Gegenstände infolge eines Verschuldens des anderen Gesellschafters eingetreten, so kann er nach den allgemeinen Grundsätzen von dem schuldigen Gesellschafter Er-

[177] Sohm, Der Gegenstand S. 39 ff.
[178] Bd. 65 S. 227 ff.

satz verlangen.[179] Für Beiträge zur Gesellschaft, welche in der Leistung von Diensten bestehen, kann der Ausscheidende ebenfalls keinen Ersatz beanspruchen.[180]

An den in natura zurückzugebenden Gegenständen steht dem übernehmenden Gesellschafter wegen etwaiger Forderungen gegen den Ausscheidenden das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. zu.[181] Hat der Ausscheidende während des Bestehens der Gesellschaft in Gesellschaftsangelegenheiten Aufwendungen gemacht, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, oder hat er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr unmittelbar verbunden, Verluste erlitten, so kann er den ihm deswegen nach § 110 HGB. gegen die Gesellschaft zustehenden Ersatzanspruch, soweit derselbe von der Gesellschaft noch nicht befriedigt ist, gegen den Übernehmer geltend machen.

Sodann kann nach § 738 der Ausscheidende von dem übernehmenden Gesellschafter Befreiung von den gemeinsamen Schulden verlangen. Gemeinsame Schulden sind alle die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die zur Zeit der Auflösung und Geschäftsübernahme bereits begründet waren.[182] Diese Schulden gehen im Verhältnis der Gesellschafter untereinander, da die Geschäftsübernahme erfolgt mit Aktiven und Passiven, auf den Übernehmenden über. Der Anspruch des Ausscheidenden geht nun ausdrücklich auf Befreiung von den bestehenden Verbindlichkeiten, nicht etwa nur darauf, daß er vor der Inanspruchnahme durch Gesellschaftsgläubiger gesichert werde.[183] Über die Art und Weise, wie die Befreiung herbeigeführt werden soll,

---

[179] Staudinger § 732 Anm. 1 u. 2 S. 1169; Planck § 732 Anm. 2 S. 766; Goldmann § 138 Anm. 14 S. 609; Staub Exk. zu § 141 Anm. 4 S. 530; Oertmann § 732 S. 793.

[180] Staub Exk. zu § 141 Anm. 4 S. 580; Planck § 733 Anm. 4 S. 768; Staudinger § 733 II, 2 S. 1171.

[181] Planck § 739 S. 777; Goldmann § 138 Anm. 27 S. 612; Staudinger § 738 Anm. II, 2f. S. 1179.

[182] Goldmann § 138 Anm. 15 S. 609; Planck § 733 Anm. 1 S. 767; Oertmann § 733 Anm. 2a S. 794.

[183] Staub Exk. zu § 141 Anm. 10 S. 532.

sagt das Gesetz nichts. Dieselbe kann auf die verschiedenste Art erfolgen, ein Hauptmittel wird die Schuldübernahme nach §§ 414 ff. BGB. bilden.[184] Die Bestimmungen des § 25 HGB. können hier nicht Anwendung finden, weil, wie schon erwähnt ist, dieselben einen vollständigen Wechsel im Subjekt des Geschäftsinhabers voraussetzen. Soweit Schulden der Gesellschaft noch nicht fällig sind, kann der Ausscheidende Sicherheitsleistung verlangen. Diese hat nach Maßgabe der §§ 232 ff. BGB. zu erfolgen.

Die Frage, ob sich die Pflicht zur Befreiung von bestehenden Verbindlichkeiten sowie zur Sicherheitsleistung auch auf streitige Schulden erstrecke, ist bestritten. Die eine Meinung[185] nimmt an, daß sich dieses Recht des Ausscheidenden auch auf streitige Schulden beziehe, die andere Meinung[186] verneint dies, und zwar m. E. mit Recht. Das Reichsgericht führt hierzu etwa folgendes aus: „Das Gesetz nennt in § 738 die streitigen Schulden nicht, während es wenige Paragraphen vorher in § 733 Abs. 1 Satz 2 bezüglich der noch nicht fälligen und bestrittenen Forderungen eine gleiche Bestimmung für den Fall der Auseinandersetzung trifft. Es ist nicht anzunehmen, daß hier ein bloßes Versehen des Gesetzgebers vorliegt. Zudem ergibt die Entstehungsgeschichte des § 738 mit Deutlichkeit, daß der Fall des § 738 Abs. 1 Satz 3 völlig übereinstimmend mit den in §§ 257 Satz 2 u. 775 Abs. 2 BGB. geregelten Fällen und die hier statuierte Befugnis des Ersatzpflichtigen bezw. des Hauptschuldners zur Sicherheitsleistung anstatt zur Schuldbefreiung auf den Fall beschränkt werden sollte, daß die Verbindlichkeit, bezüglich deren eine Verpflichtung zur Schuldbefreiung besteht, noch nicht fällig ist. Gegenüber der gesetzlichen Regelung kann man sich für eine ausdehnende Auslegung auch nicht auf Billig-

---

[184] Staudinger § 738 II, 3a S. 1179.

[185] Staub Exk. zu § 141 Anm. 10 S. 532; Dernburg Bd. 2, 2 § 362 II S. 552; Crome § 285 Anm. 18 Bd. 2; Goldmann § 138 Anm. 17 S. 610; Knoke, Das Recht der Gesellschaft S. 129; Cosack, Lehrb. d. bürgerl. R. 4. Aufl. Bd. 2 § 279b δ, a. M. § 279b δ 3. Aufl.

[186] Planck § 738, 2b S. 776 (a. M. 2. Aufl.); Staudinger § 738 II, 3b S. 1180; Oertmann § 738 Anm. 2 S. 799; RG. Bd. 60 S. 155 ff.

keitsgründe berufen, man müßte sich denn einseitig auf den Standpunkt des Ausscheidenden stellen. Der ausscheidende Gesellschafter kann sich gegen die Gefahr, für streitige Schulden Zahlung leisten zu müssen, ohne vorherige Deckung oder Sicherung seitens des Übernehmenden im Prozeß durch Streitverkündung decken oder andere prozessuale Rechtsbehelfe ergreifen. Auf der anderen Seite kann der übernehmende Gesellschafter, der mit Recht eine Forderung bestreitet, der also mit der Befriedigung derselben überhaupt nicht oder in absehbarer Zeit nicht rechnet, durch die Notwendigkeit der Sicherheitsleistung, die ihm unter Umständen bedeutende Mittel für längere Zeit entzieht, zweifellos schwer geschädigt werden". Der ausscheidende Gesellschafter muß daher, wenn er Befreiung von einer solchen Verbindlichkeit fordert oder, falls sie noch nicht fällig ist, Sicherheitsleistung verlangt, beweisen, daß die Verbindlichkeit besteht.[187] Bezüglich bedingter Forderungen besteht ebenfalls kein Sicherheitsanspruch.[188] Die Verpflichtung zur Befreiung und Sicherheitsleistung besteht auch dann, wenn sich bei der Auseinandersetzung zu Lasten des Ausscheidenden ein Passivsaldo ergibt. Er hat zwar den letzteren an den übernehmenden Gesellschafter zu leisten, dieser wird aber dadurch seiner Verpflichtung, ihn von den Schulden zu befreien oder ihn sicherzustellen, nicht ledig.[189] Der Ausscheidende hat aber bis zur Erfüllung der dem Übernehmer obliegenden Verpflichtungen das Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich seines Passivsaldos.[190]

Ist der übernehmende Gesellschafter seiner Verpflichtung nicht nachgekommen und hat der Ausscheidende infolge der nach § 128 HGB. für die Gesellschaftsschulden bestehenden Solidarhaftung einen Gläubiger bezahlen müssen, so kann er Regreß

---

[187] Oertmann § 738 Anm. 2 Abs. 2 S. 799.

[188] Staudinger § 738 II, 3b S. 1180.

[189] Staudinger § 738 II, 3c S. 1180; Staub Exk. zu § 141 Anm. 11 S. 533.

[190] Oertmann § 738 Anm. 4 S. 799; Planck § 738 Anm. 4 S. 776; Staudinger § 738 II, 2f. S. 1179, anders 2. Aufl.; a. M. Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 446; Staub Exk. zu § 141 Anm. 9 S. 532; s. auch Planck § 739 S. 777; Staudinger § 739 Anm. 1 Abs. 3 S. 1181.

gegen den Übernehmenden nehmen. Ergibt sich für den Ausscheidenden ein Passivsaldo, so kann der Übernehmende gegen einen Regreßanspruch des Ausscheidenden mit dem Passivsaldo aufrechnen.[191]

Der Ausscheidende kann sein Guthaben, soweit nicht quoad usum eingebrachte Gegenstände in Frage kommen, in Geld beanspruchen.[192] Die für das alte Handelsgesetzbuch für das Ausscheiden eines Gesellschafters aus fortbestehender Gesellschaft streitige Frage, ob der Ausscheidende sein Abfindungsguthaben in Geld fordern könne, oder ob nur der Gesellschaft die Wahl zustehe, eine Abfindungssumme zu zahlen oder in natura zu restituieren, ist durch § 738 BGB. jetzt zweifelsfrei durch die Fassung, insbesondere durch den gewählten Ausdruck „verpflichtet zu zahlen" dahin entschieden, daß eine Abfindung in Geld zu leisten ist, was für den Ausscheidenden einen Anspruch auf Abfindung in Geld zur notwendigen Folge hat.

Zur Berechnung des Abfindungsguthabens ist mit Ausnahme des in § 142 Abs. 1 gedachten Falles, wo die Vermögenslage zur Zeit der Klagerhebung zugrunde zu legen ist, der Zeitpunkt der Auflösung und des Geschäftsüberganges maßgebend.

Die Feststellung der Vermögenslage erfolgt in der gleichen Weise wie die Ermittlung der jährlichen Bilanz. Zu beachten ist hier jedoch, daß bei der Aufstellung der Geschäftsbilanz die der Gesellschaft gehörenden Vermögensgegenstände in der Regel unter ihrem Werte eingesetzt und bedeutende Abschreibungen gemacht werden. Dies darf bei der Aufstellung der Bilanz zum Zwecke der Ermittlung des Abfindungsguthabens nicht geschehen. Hierbei ist der wahre Wert zur Zeit der Bilanzaufstellung einzusetzen. Maßgebend ist der Wert des fortlebenden Handelsgeschäftes; deshalb ist bei Vermögensstücken der Wert zu ermitteln, den dieselben für das fragliche Geschäft haben.[193]

---

[191] Staudinger § 738 II, 3d S. 1180; Goldmann § 138 Anm. 17 Abs. 4 S. 610; Staub Exk. zu § 141 Anm. 11 S. 533; RG. Bd. 11 S. 130.

[192] Staudinger § 738 Anm. II, 2 S. 1178; Staub Exk. zu § 141 Anm. 5 S. 531; Oertmann § 738 Anm. 1c u. 2 S. 799; RG. Bd. 25 S. 256, Bd. 56 S. 433.

[193] Staub Exk. zu § 141 Anm. 5 α S. 531; Staudinger § 738 Anm. II, 2b S. 1179; Goldmann § 138 Anm. 21 S. 611.

Die Höhe des Abfindungsguthabens ist von beiden Gesellschaftern zu ermitteln, soweit nicht im Gesellschaftsvertrage etwas anderes bestimmt ist. Der ausscheidende Gesellschafter kann daher nicht von dem Übernehmenden verlangen, daß sich dieser der Arbeit allein unterziehe und ihm die Bilanz mitteile.[194] Dies ergibt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, das Gesetz selbst schweigt hierüber. Der Ausscheidende hat andererseits ein Recht auf die Mitwirkung; dieses ist höchst persönlicher Natur und kann daher, weil es im Gesellschaftsverhältnisse wurzelt, nicht auf Dritte übertragen und auch nicht durch einen bevollmächtigten Vertreter ausgeübt werden, die Ausübung durch einen gesetzlichen Vertreter ist jedoch auszunehmen. Nicht verwehrt werden kann dem Ausscheidenden die Zuziehung eines Sachverständigen,[195] ebenso kann er verlangen, daß ihm die Einsicht in die Handelsbücher zwecks Gewinnung der nötigen Grundlagen gestattet werde.

Verweigert einer der Gesellschafter die Mitwirkung zu der Arbeit, so wird der andere Gesellschafter auf Kosten des Säumigen den diesem obliegenden Teil der Arbeit durch Sachverständige vornehmen lassen können. Ist eine Einigung zwischen den Parteien über die Erledigung der Arbeit nicht zu erzielen, so bleibt, wie das Reichsgericht ausführt, nichts anderes übrig, als daß auf Verlangen des einen oder anderen Gesellschafters die beiden Teilen gemeinschaftlich obliegende Arbeit durch einen Sachverständigen auf gemeinsame Kosten vollzogen wird. Die Ernennung desselben wird event. durch das Gericht nach Analogie des § 146 Abs. 2 HGB. zu erfolgen haben, und zwar im ordentlichen Rechtswege. Nicht angängig ist es, im Gegensatz zu § 146 Abs. 2, wonach für die Ernennung der Liquidatoren ausschließlich das Registergericht zuständig ist, dieses um Ernennung eines zwischen beiden Teilen stehenden richterlichen Sachverständigen anzugehen.[196]

---

[194] Staub Exk. zu § 141 Anm. 6 S. 531; Goldmann § 138 Anm. 18 S. 610; Lehmann Anhang zu Titel 5 Nr. 5 S. 339; Makower § 138 IV b S. 367; RG. Bd. 15 S. 82.

[195] RG. Bd. 25 S. 88.

[196] Goldmann § 138 Anm. 18 S. 610; Staub Exk. zu § 141 Anm. 6 S. 531; RG. Bd. 13 S. 155ff.

Erhebt sich bei Ermittlung des Abfindungsguthabens bezüglich des Wertes von Vermögensstücken Streit, so sind diese durch amtliche Sachverständige abzuschätzen, es sei denn, daß durch den Gesellschaftsvertrag oder durch nachträgliche Vereinbarungen die Abschätzung durch einen bestimmten Sachverständigen vorzunehmen ist. Im Falle der vertragsmäßigen Bestimmung von Sachverständigen besteht ein richterliches Nachprüfungsrecht.[197] Keinesfalls kann der Ausscheidende verlangen, daß zum Zwecke der Wertermittlung zum Gesellschaftsvermögen gehörende Gegenstände verkauft werden. Dies folgt ebenfalls aus der nach § 739 Abs. 2 erforderlichenfalls vorgeschriebenen Ermittlung des Wertes durch Schätzung. Wie sich dann der übernehmende Gesellschafter die Mittel verschafft, um das festgestellte Abfindungsguthaben auszahlen zu können, ist seine Sache, er ist dann nicht gehindert, Teile des Gesellschaftsvermögens zu diesem Zwecke zu veräußern.

Daß die Berechnung des Abfindungsguthabens, wenn sie auch durch beide Gesellschafter erfolgt ist, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen angefochten werden kann, wird man mit Staub[198] aus den von ihm ausgeführten Gründen anerkennen müssen.

Wie schon hervorgehoben, ist das Recht auf Auszahlung des festgestellten Guthabens ein reines Forderungsrecht des Ausscheidenden. Über die Zeit der Auszahlung dieses Guthabens ist im Gesetze nichts bestimmt. Es kommt daher die allgemeine Bestimmung des § 271 BGB. in Betracht, wonach in erster Linie eine ausdrückliche oder aus den Umständen zu entnehmende Vereinbarung maßgebend ist.[199] Läßt sich darnach eine Zeit nicht bestimmen, so kann der Ausscheidende Zahlung sofort verlangen, der Übernehmende sie sofort bewirken. Immerhin wird man aber unter Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dem Übernehmenden eine angemessene Frist zur Zahlung lassen müssen. Zu beachten ist jedoch bei der Be-

[197] ROHG. Bd. 16 S. 427ff.; BGB. §§ 317, 319.

[198] Staub Exk. zu § 141 Anm. 8 S. 532.

[199] Goldmann § 138 Anm. 23 S. 611; Staub Exk. zu § 141 Anm. 9 S. 532.

messung derselben, daß der übernehmende Gesellschafter leichter in der Lage sein wird, die Mittel zur Befriedigung des Ausscheidenden zu beschaffen, als wie die beim Ausscheiden eines Gesellschafters unter den übrigen fortgesetzte Gesellschaft, für die unter Umständen eine Gefährdung ihres Bestandes durch die Notwendigkeit alsbaldiger Zahlung eintreten kann. Irgendwelche Sicherheit für die Realisierung seines Guthabens bezw. gegen die Gefahr, die ihm daraus erwächst, daß er an Stelle seines Rechtes am Gesellschaftsvermögen nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Übernehmenden erhält, gibt das Bürgerliche Gesetzbuch dem Ausscheidenden nicht, gegen diese Gefahr kann er sich nur durch Erwirkung eines Arrestbefehls sichern, sofern dessen Voraussetzungen gegeben sind.[200] Außerdem wird man dem ausscheidenden Gesellschafter, wenn er seinerseits noch auf Grund des ehemaligen Gesellschaftsverhältnisses zu einer Leistung verpflichtet ist, ein Zurückbehaltungsrecht bis zur Zahlung seines Guthabens durch den Übernehmenden zugestehen müssen.[201]

Bei Auflösung der Gesellschaft und Geschäftsübernahme werden sehr häufig eine Reihe von Geschäften der Gesellschaft noch schweben, es werden Geschäfte vorhanden sein, welche noch abgewickelt werden müssen (Abwicklungsgeschäfte), bezüglich deren daher eine ziffermäßige Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters noch gar nicht erfolgen kann.[202] Es steht zur Zeit der Ermittlung des Abfindungsguthabens bezüglich dieser Geschäfte noch gar nicht fest, ob und in welcher Höhe aus ihnen ein Gewinn sich ergeben wird, oder ob aus ihnen nicht vielmehr ein Verlust erwächst. Die rechtliche Beteiligung des Ausgeschiedenen an diesen noch schwebenden Geschäften zu regeln, ist die Vorschrift des § 740 BGB. bestimmt. Darnach nimmt der Ausgeschiedene an dem Verlust und dem Gewinn teil, welcher

---

[200] Staub Exk. zu § 141 Anm. 9 S. 532; Staudinger § 738 II, 2c S. 1179; Planck § 738 Anm. 4 S. 777.

[201] Oertmann § 738 Anm. 4 S. 800; a. M. Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 446; s. auch Anm. 190 S. 64.

[202] Lehmann Anhang zu Titel 5 Nr. 6 S. 339; Staudinger § 740 vor Anm. 1 S. 1181; Goldmann § 138 Anm. 29 S. 613; Planck § 740 Anm. 1 S. 778; Staub Exk. zu § 141 Anm. 22 S. 534.

sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens noch schwebenden Geschäften ergibt, die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint. Auf die Fälle des § 142 angewandt, bedeutet dies, daß das Recht der Beendigung der schwebenden Geschäfte dem übernehmenden Gesellschafter allein zusteht.

Unter schwebenden Geschäften sind, wie dies in § 658 Abs. 2 des 1. Entw. zum Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmt war, die „schon vorher begonnenen und erst nachher vollendeten Geschäfte zu verstehen". Mit anderen Worten, schwebende Geschäfte sind diejenigen Geschäfte, welche eine unmittelbare Folge dessen darstellen, was schon geschehen ist, es muß sich das, was nunmehr geschieht, als Abwicklung eines zur Zeit der Geschäftsübernahme bereits schwebenden Geschäfts darstellen, das Geschäft muß zu dieser Zeit also bereits begonnen sein. Schwebende Geschäfte in diesem Sinne liegen z. B. vor, wenn Differenzen über ein Geschäft durch einen Vergleich beigelegt werden, ferner in den zur Beendigung schwebender Geschäfte eingegangenen neuen Lieferungsverträgen, die zur Zeit der Geschäftsübernahme abgeschlossen, aber noch nicht ausgeführt waren.[203] An den anderweiten nach dem Vorstehenden nicht zu den schwebenden zu rechnenden Geschäften, welche der Übernehmende eingeht, hat der Ausgeschiedene keinen Anteil, aus ihnen entsteht für ihn Dritten gegenüber auch keine Haftung, vorausgesetzt natürlich, daß die Beendigung der Gesellschaft und die Geschäftsübernahme gemäß § 143 zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet und gemäß § 15 eingetragen und bekanntgemacht oder dem Dritten sonst bekannt war.

Aus dieser Teilnahme des Ausgeschiedenen an den Abwicklungsgeschäften ergibt sich aber keine Fortsetzung des alten Gesellschaftsverhältnisses, die Gesellschaft ist und bleibt aufgelöst.[204] Die Vorschrift des § 740 BGB. will weiter nichts besagen, als daß dem ausscheidenden Gesellschafter bei der defini-

---

[203] RG. Bd. 56 S. 16ff.

[204] Staub Exk. zu § 141 Anm. 22 S. 534; Oertmann § 740 Anm. 1 Abs. 2 S. 800.

tiven Berechnung und Auszahlung seines Guthabens das Ergebnis der Abwicklungsgeschäfte anteilsweise gut gerechnet oder zu Lasten geschrieben wird. Der Übernehmende handelt bei der Erledigung dieser Geschäfte mit auf Rechnung des Ausgeschiedenen, nicht in Vollmacht für ihn, da er Dritten gegenüber im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handelt, wenn auch im Verhältnis nach innen zugunsten oder zu Lasten des Ausgeschiedenen.[205] Der letztere hat auf die Art und Weise der Erledigung der schwebenden Geschäfte keinen Einfluß, er besitzt auch keinerlei Einspruchsrechte. Der Übernehmende ist berechtigt, die Geschäfte nach eigenem Gutdünken zu erledigen, er darf sich aber dabei nicht von bösem Willen oder Willkür leiten lassen, sondern muß nach vernünftigem Ermessen handeln. Der Ausgeschiedene hat auch nicht mehr das Kontrollrecht nach § 118 HGB.[206] Damit er aber nicht vollständig der Willkür des Unternehmenden ausgesetzt ist, ist ihm das Recht gegeben, am Schlusse jedes Geschäftsjahres Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte zu verlangen. Diese dem Übernehmenden obliegende Rechenschaftsablegung hat nach § 259 BGB. zu erfolgen, die Bestimmung des § 260 kommt hier nicht in Frage, weil es sich nicht um die Verpflichtung zur Herausgabe eines Inbegriffs von Gegenständen handelt.[207] Durch die Vorlegung der ordnungsmäßig geführten Bücher und Schriften wird diesem Erfordernisse wohl meist genügt.[208] Damit soll aber nicht gesagt sein, daß der ausgeschiedene Gesellschafter ein unbedingtes Recht auf Vorlegung der Bücher hat, um sich aus ihnen eine Bilanz aufzustellen, wie dies nach § 118 den Gesellschaftern der offenen Handelsgesellschaft während ihres Bestehens zusteht. Das Recht auf Vorlegung der Bücher und

---

[205] JurW. 1902 S. 445 Nr. 10; Staudinger § 740 Anm. 7 S. 1182; Oertmann § 740 Anm. 1 Abs. 3 S. 801.

[206] Staub Exk. zu § 141 Anm. 22 S. 534; Goldmann § 138 Anm. 28 S. 613; Lehmann Anhang zu Titel 5 Nr. 9 S. 340; Staudinger § 740 Anm. 2a u. c S. 1182.

[207] Planck § 740 Anm. 2 S. 778.

[208] ROHG. Bd. 25 S. 344ff.; Staudinger § 740 Anm. 3 Abs. 2 S. 1182.

Schriften steht ihm vielmehr nicht mehr zu, weil das Gesellschaftsverhältnis nicht mehr besteht.[209] Der Übernehmende hat ihm nur ordnungsgemäß und erschöpfend Rechnung zu legen; in welcher Weise er dies tut, ist seine eigene Sache.[210] Soweit am Schlusse eines Geschäftsjahres noch schwebende Geschäfte vorhanden sind, hat der Ausgeschiedene das Recht, Auskunft gemäß § 242 BGB. zu verlangen. Dieselbe hat ebenso wie die Rechnungslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erfolgen. Auch dieses Auskunftsrecht gibt ihm kein Recht auf Einsicht oder Vorlegung der Bücher und Schriften.

Endlich steht dem Ausgeschiedenen das Recht zu, die Auszahlung des ihm nach der Erledigung schwebender Geschäfte anteilmäßig zustehenden Betrages zu fordern.

Alle Rechte aus § 740 kann der Ausgeschiedene nur am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres geltend machen.[211] Die Höhe des ihm darnach zu zahlenden Betrages wird er wohl meist aus der gelegten Rechnung entnehmen, und dient diese gerade zur Feststellung dieses Betrages. Wenn aber der Ausgeschiedene sein Guthaben anderweit berechnen kann, so ist er berechtigt, dieses, ohne die Rechnungslegung abzuwarten, einzuklagen. Auch kann er auf Rechnungslegung klagen und im Prozesse den Antrag umändern in einen solchen auf Zahlung, und ebenso kann er endlich das Klagpetitum auf Rechnungslegung und Zahlung dessen, was die Rechnung ergeben werde, richten.[212]

Wie schon hervorgehoben, ist der Anspruch auf Auszahlung des Abfindungsguthabens abtretbar. Im Falle der Kündigung nach erfolgter Pfändung und Überweisung des Abfindungsguthabens seitens eines Privatgläubigers steht der Anspruch auf das letztere sowie auf die aus den Abwicklungsgeschäften sich ergebenden Gewinnanteile dem Privatgläubiger bis zur Höhe seiner Forderung zu.[213]

---

[209] Oertmann § 740 Anm. 1 Abs. 3 S. 801.

[210] Staub Exk. zu § 141 Anm. 28 S. 535.

[211] Lehmann Anhang zu Titel 5 Nr. 10 S. 340; Staudinger § 740, 3 Abs. 2 S. 1182.

[212] Staub Exk. zu § 141 Anm. 29 S. 535.

[213] Lehmann Anhang zu Titel 5 Nr. 10 S. 341.

Das Recht auf Auszahlung des Abfindungsguthabens ist ein reines Forderungsrecht des Ausgeschiedenen auf Auszahlung der festgestellten Summe. Dieses Recht kann klagweise geltend gemacht werden, und zwar ist diese Klage, weil sie ihren Grund im Gesellschaftsverhältnis hat, eine actio pro socio, daran muß man auch trotz der Reichsgerichtsentscheidung in Bd. 7 festhalten.[214]

Verfällt der übernehmende Gesellschafter später, ehe noch das Abfindungsguthaben voll bezahlt ist, in Konkurs, so ist der Ausgeschiedene bezüglich des unberichtigten Teils seines Guthabens zur Anmeldung als gewöhnlicher Konkursgläubiger berechtigt.

Für den Übernehmenden begründet die ihm nach § 142 zugesprochene Berechtigung zur Geschäftsübernahme beim Vorliegen der geforderten Voraussetzungen ein festes Recht zur Vermeidung der Liquidation und des damit verbundenen Untergangs des Geschäftes, dessen Übernahme mit Aktiven und Passiven zu verlangen und durchzuführen, sie bedeutet aber auch nur ein Recht, keine Pflicht, irgendwelcher gesetzlicher Zwang zur Übernahme besteht nicht. Bezüglich der im einzelnen für den Übernehmenden bestehenden Rechte ist zu sagen, daß sich dieselben aus den nach den vorstehenden Ausführungen für den Ausscheidenden gelegentlich erwähnten Pflichten ergeben, und daß andererseits die im folgenden eingehend in erster Linie zu behandelnden Pflichten des Ausscheidenden Rechte des Übernehmenden darstellen, so daß sich hier eine eingehende Darlegung derselben, um Wiederholungen zu vermeiden, erübrigt.

§ 13.

2. Die Pflichten.

Den auf der einen Seite dem ausgeschiedenen Gesellschafter zustehenden Rechten stehen andererseits Pflichten gegenüber, welche zum Teil die notwendige Folge der ersteren sind.

Da der ausscheidende Gesellschafter bis zu seinem Ausscheiden, für unsere Fälle also bis zur Geschäftsübernahme nicht

[214] RG. Bd. 7 S. 95.

nur am Gewinn, sondern auch am Verlust teilzunehmen hat, so ist es nur eine Durchführung des in § 735 BGB. für den Fall der Auseinandersetzung infolge Auflösung der Gesellschaft aufgestellten Prinzipes, wenn § 739 BGB. für den Fall des Ausscheidens eine Pflicht des Ausscheidenden statuiert, in demselben Verhältnis, in welchem er durante societate am Verlust beteiligt gewesen wäre, dem Übernehmenden für den Fehlbetrag aufzukommen. Hierin liegt eine Abweichung von dem in § 707 BGB. aufgestellten Grundsatze, daß der Gesellschafter selbst dann nicht zur Nachzahlung auf die durch Verlust verminderte Einlage gezwungen werden kann, wenn sich ein Passivsaldo ergibt.[215] Die Anwendbarkeit des § 707 hat aber das Bestehen der Gesellschaft zur Voraussetzung, mit dem Zeitpunkt ihrer Auflösung ändert sich dies. Der Ausgeschiedene hat also, falls sich bei der Berechnung seines Abfindungsguthabens ein Passivsaldo ergibt, diesen an den Übernehmenden zu zahlen. Dieser Passivsaldo stellt eine reine Geldschuld des Ausgeschiedenen dar.[216] Er wird damit Schuldner des Übernehmenden, der ein klagbares Recht auf die Einzahlung des Passivsaldos hat. Trotz dieser Pflicht des Ausgeschiedenen zur Einzahlung des Passivsaldos wird der Übernehmende seiner Verpflichtung, den Ausscheidenden von den gemeinsamen Schulden zu befreien bezw. ihm für noch nicht fällige Forderungen Sicherheit zu leisten, nicht ledig. Dem Ausscheidenden steht daher auf der einen Seite ein Recht zur Zurückbehaltung des Passivsaldos so lange zu, als bis der Übernehmende seiner Verpflichtung zur Schuldbefreiung und Sicherheitsleistung nachgekommen ist. Auf der anderen Seite hat der letztere an den quoad usum eingebrachten Gegenständen des Ausscheidenden ein Zurückbehaltungsrecht bis zur völligen Einzahlung des Passivsaldos, ebenso kann der Übernehmende mit dieser Forderung gegen etwaige Regreßansprüche des aus Gesellschaftsverbindlichkeiten mit Erfolg in Anspruch genommenen Ausscheidenden aufrechnen.[217] Außer dem Passivsaldo hat der

---

[215] Goldmann § 138 Anm. 24 S. 612; Planck § 739 S. 777.

[216] Staudinger § 739 Anm. 3 S. 1181.

[217] Planck § 739 S. 777; Staudinger § 739, 1 Abs. 3 S. 1181;

Ausscheidende an den Übernehmenden alles zu zahlen, was er sonst der Gesellschaft schuldet, so z. B. wenn er unbefugt Geld aus der Gesellschaftskasse entnommen hat. Auch hierfür haftet er dem Übernehmenden als persönlicher Schuldner. In diesem Falle ist er unter Umständen nicht nur zur Rückzahlung, sondern auch zum Schadensersatze verpflichtet. Keinesfalls ist er aber berechtigt, zu verlangen, daß diese Schulden von seinem Aktivsaldo abgezogen werden, er muß sie vielmehr, wenn sein Abfindungsguthaben noch nicht fällig ist, unbekümmert um dessen Höhe an den Übernehmenden zahlen.[218]

Seinem Rechte zur Mitwirkung bei der Feststellung des Abfindungsguthabens steht seine Verpflichtung, dabei mitzuwirken, gegenüber. Über die Folgen, wenn er sich dieser Pflicht entzieht, ist bereits oben eingehend gehandelt.

Wie ebenfalls schon hervorgehoben, hat er kein Recht, an der Erledigung der schwebenden Geschäfte aktiv teilzunehmen. Dies begründet für ihn andererseits die Pflicht, sich die Erledigung derselben durch den Übernehmenden gefallen zu lassen; dabei ist er aber nicht der Willkür desselben preisgegeben, durch das Recht der Rechenschaftslegung und Auskunftserteilung ist er geschützt; der Übernehmende hat diese Geschäfte nach vernünftigem Ermessen zu erledigen. Er hat dabei, da sich seine Tätigkeit insoweit als eine in dem früheren Gesellschaftsverhältnis begründete darstellt, für diligentia quam suis zu haften.[219] Daraus folgt, daß er bei doloser oder mit geringerer als in eigenen Angelegenheiten angewendeter Sorgfalt geführter Erledigung ersatzpflichtig wird. Einen Anspruch auf Vergütung für seine Tätigkeit bei Erledigung schwebender Geschäfte hat der Übernehmende nicht.[220]

Goldmann § 138 Anm. 27 S. 612; Staub Exk. zu § 141 Anm. 12 S. 533 s. oben S. 64 Anm. 190.

[218] Staudinger § 739 Anm. 4 S. 1181; Staub Exk. zu § 141 Anm. 19 S. 534; ROHG. Bd. 24 S. 48.

[219] Staub Exk. zu § 141 Anm. 27 S. 535; Staudinger § 740 Anm. 2b S. 1182; Planck § 740 Anm. 2 S. 778; Lehmann Anhang zu Titel 5 Nr. 9 S. 340.

[220] Staub Exk. zu § 141 Anm. 27 S. 535.

Nach § 738 BGB. ist der Ausscheidende verpflichtet, sich die Auslieferung seines Abfindungsguthabens in Geld gefallen zu lassen, er kann also nicht Naturalleistungen verlangen, etwa die Auslieferung von Teilen des Gesellschaftsvermögens mit Ausnahme der von ihm quoad usum eingebrachten Gegenstände.

Da, wie oben eingehend dargelegt ist, der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen dem übernehmenden Gesellschafter zuwächst, also das Eigentum an den einzelnen Gegenständen kraft Gesetzes übergeht, es also keiner Übertragungshandlungen, insbesondere bei Grundstücken keiner Auflassung bedarf, erwächst dem Ausscheidenden nur die Verpflichtung, erforderlichenfalls bei der Berichtigung des Grundbuchs mitzuwirken bezw. seine Einwilligung dazu zu erteilen.[221] Gegenüber dem Berichtigungsanspruch aus § 894 BGB. steht dem Ausscheidenden wegen seiner Ansprüche auf das Abfindungsguthaben das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. zu.[222]

Einen anderen Standpunkt müssen notwendigerweise alle die annehmen, welche in den Fällen des § 141 die Anwachsung verneinen.

§ 14.

II. Die Wirkung der Auflösung und Geschäftsübernahme gegenüber Dritten in vermögensrechtlicher Hinsicht.

Wenn auch nach dem Wortlaut des Gesetzes die Geschäftsübernahme durch den einen Gesellschafter mit Aktiven und Passiven erfolgt, so hat die Übernahme der Schulden Dritten gegenüber keine Wirkung. Der ausscheidende Gesellschafter bleibt vielmehr bezüglich der zur Zeit der Geschäftsübernahme bereits bestehenden Schulden den Gläubigern gegenüber voll verhaftet.[223] Dies folgt aus der der offenen Handelsgesellschaft

---

[221] Staudinger § 738 Ia S. 1178; Planck § 738 Anm. 1 S. 775; Goldmann § 138 Anm. 9 S. 608.

[222] Neumann, Handausgabe des BGB. zu § 738.

[223] Staudinger § 738 II, 3d S. 1179; Staub § 128 Anm. 18 S. 488; Lehmann Anhang zu Titel 5 Nr. 1 S. 338; Goldmann § 138 Anm. 16 S. 609, § 138 Anm. 5 S. 607; Oertmann § 736 Anm. 1 S. 796, § 738 Anm. 2 S. 799; Seufferts Arch. Bd. 60 S. 456.

eigentümlichen, ihr Wesen charakterisierenden Haftung jedes Gesellschafters für die Gesellschaftsschulden mit seinem ganzen Vermögen. Er kann nicht verlangen, daß ein Gläubiger wegen einer Gesellschaftsschuld sich an den das Geschäft und damit das Gesellschaftsvermögen nunmehr als Alleineigentümer besitzenden früheren Mitgesellschafter halte und diesen vorweg in Anspruch nehme. Der Gläubiger ist in der Geltendmachung seiner gegen die Gesellschaft begründeten Forderung durch die infolge der Geschäftsübernahme im Gesellschaftsverhältnis entstandene Veränderung in keiner Weise gehindert. Er hat seine Gläubigerrechte in voller Höhe behalten, nur daß er sie gegenüber der Gesellschaft nicht mehr geltend machen kann, weil diese ja aufgelöst ist.

Etwa zwischen dem ausgeschiedenen und dem übernehmenden Gesellschafter getroffene gegenteilige Abmachungen sind den Gesellschaftsgläubigern gegenüber unwirksam, selbst wenn sie diese gekannt haben.[224]

Dagegen haftet der Ausgeschiedene nicht mehr für die nach der Geschäftsübernahme von dem Übernehmenden kontrahierten Schulden, vorausgesetzt, daß die Rechtsveränderung eingetragen und bekanntgemacht oder dem kontrahierenden Dritten in anderer Weise bekannt war. Über die Beweisfrage in diesem Falle s. oben.[224a] Dies folgt ohne weiteres daraus, daß nach Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses der Rechtsgrund der Solidarhaft, die Mitgliedschaft in einer offenen Handelsgesellschaft weggefallen ist.

Zu den Geschäften des Übernehmenden, aus denen der Ausscheidende nicht mehr haftet, gehören auch die Abwicklungsgeschäfte. Wie schon hervorgehoben, beendet diese nach außen hin der Übernehmende allein im eigenen Namen, wenn auch ihr Ausgang für das Innenverhältnis und für die Berechnung eines etwaigen Gewinn- oder Verlustanteils für den Ausgeschiedenen wesentlich ist, dem Gläubiger gegenüber tritt hier nur der Übernehmende auf und ist deswegen ihm auch nur allein

---

[224] Staub § 128 Anm. 17 S. 488; Makower § 128 IV S. 348, § 128 Satz 2 HGB.

[224a] oben S. 42ff.

verhaftet. Voraussetzung für diese beschränkte Haftung dem Gläubiger gegenüber ist auch hier die ordnungsmäßig erfolgte Eintragung und Publikation der Geschäftsübernahme. Kontrahierte dagegen der Übernehmende, ehe noch die Eintragung und Publikation erfolgt war, bei der Erledigung schwebender Geschäfte mit einem Dritten, der die Übernahme nicht kannte, so wird auch aus den Abwicklungsgeschäften der Ausgeschiedene mit verhaftet.

Aus sogenannten reinen Gesellschaftsschulden, d. h. solchen Schulden, für welche das Gesellschaftsvermögen allein haftet, bezüglich deren aus besonderen Umständen die Solidarhaftung der Gesellschafter ausgeschlossen ist, also Verbindlichkeiten, bei deren Begründung ausdrücklich oder stillschweigend mit dem Gläubiger vereinbart worden ist, daß für sie nur das Gesellschaftsvermögen haften solle, haftet der Ausgeschiedene natürlich nach seinem Ausscheiden unter keinen Umständen mehr.[225]

Möglich ist natürlich, daß auch, wenn nach dem Vorstehenden eine Haftung des Ausgeschiedenen besteht, er von dem Gläubiger daraus entlassen werden kann.

Im Falle, daß der Ausgeschiedene aus Gesellschaftsverbindlichkeiten in Anspruch genommen wird, kann er dem Gläubiger gegenüber einmal alle Einwendungen geltend machen, die in seiner Person begründet sind, außerdem auch alle die, welche die Gesellschaft, wenn sie noch bestehen würde, hätte vorschützen können, und zwar in demselben Umfange wie diese.[226]

Solange für die Gesellschaft bei ihrem Fortbestande ein Anfechtungsrecht bezüglich des der Verbindlichkeit zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes besteht, kann der Ausgeschiedene die Leistung verweigern. Dasselbe Recht steht ihm zu, solange der Übernehmende mit einem aus dem Gesellschaftsverhältnis stammenden, auf ihn als Aktivum übergegangenen Anspruch gegen die Forderung des Dritten aufzurechnen in der Lage ist.

---

[225] Staudinger § 738 Anm. II, 3γ S. 1180 u. § 718 Anm. III, 2a S. 1150.

[226] Staub § 129 Anm. 15 S. 493; Lehmann § 129 Nr. 1 S. 279; Göldmann § 129 Anm. 5 S. 571.

In beiden Fällen aber kann der Ausgeschiedene nur mit dilatorischer Wirkung diese Einreden geltend machen.[227]

Ist der Ausgeschiedene aber mit Erfolg in Anspruch genommen worden und hat er eine Gesellschaftsverbindlichkeit bezahlen müssen, so steht ihm der Regreß gegen den Übernehmenden zu. Er wird deshalb im Falle der Inanspruchnahme stets gut daran tun, dem Übernehmenden den Streit zu verkünden (ZPO. § 72). Mit dem Regreßanspruch kann er gegen einen eventuellen Passivsaldo, den er an den Übernehmenden zu zahlen hätte, aufrechnen.[228]

Da die Gesellschaft in den Fällen des § 142 aufgelöst wird und damit der Ausgeschiedene jedes Interesse an dem einst von ihr betriebenen Handelsgeschäft verliert sowie keinerlei Einfluß mehr auf die Fortführung desselben hat, muß er dagegen geschützt werden, daß er nicht in der Folgezeit unbestimmbar noch aus Verbindlichkeiten der früheren Gesellschaft in Anspruch genommen werden kann. Diesen Schutz bietet ihm die Vorschrift des § 159 HGB., wonach die Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft in fünf Jahren nach Auflösung derselben verjähren, sofern nicht dieser Anspruch sowieso einer kürzeren Verjährung unterliegt.

Die Verjährung beginnt mit dem Ende des Tages, an welchem die Auflösung der Gesellschaft und die Geschäftsübernahme in das Handelsregister des zuständigen Registergerichts eingetragen worden ist.[229] Die Bekanntmachung dieser Tatsache hat auf den Beginn der Verjährung keinen Einfluß. Es hat daher nichts zu sagen, wenn dieselbe später oder versehentlich gar nicht erfolgt. Wird der Anspruch des Gläubigers erst nach der Eintragung fällig, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit.

Die Grundsätze bezüglich der Verjährung gelten, da in den Fällen des § 142 die Auflösung der Gesellschaft erfolgt, auch für

---

[227] Staub § 129 Anm. 8 S. 492; Goldmann § 129 Anm. 15 S. 574; Makower § 129 II c S. 349.

[228] Staub Exk. zu § 141 Anm. 12 S. 533; Goldmann § 138 Anm. 17 S. 610.

[229] Goldmann § 159 Anm. 20 S. 695; Makower § 159 II a S. 407.

den Übernehmenden, die fünfjährige Frist kommt auch ihm zugute. Dagegen ist im Falle, daß die Geschäftsübernahme erst später als die Auflösung eingetragen wird, die Berechnung der Verjährungsfrist nach § 26 Abs. 2 HGB. nicht möglich, sondern hat auch dann nach § 159 zu erfolgen, weil § 26 einen vollständigen Wechsel im Subjekt des Inhabers des Handelsgeschäfts zur Voraussetzung hat.

Die Unterbrechung und Hemmung der Verjährung ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beurteilen.[230] Zu beachten ist nur, daß die Unterbrechung der Verjährung gegen den Übernehmenden nicht erfolgt durch Rechtshandlungen, welche gegen den Ausgeschiedenen vorgenommen werden, und ebenso nicht umgekehrt.

Verfällt der Übernehmende nach der Übernahme in Konkurs, so stehen dem Gläubiger zwei Wege offen, entweder er verzichtet überhaupt auf Geltendmachung seines Anspruchs im Konkursverfahren und hält sich nur an den Ausgeschiedenen oder er meldet seinen Anspruch zum Konkurs an und nimmt den Ausgeschiedenen nur in Höhe des Ausfalls in Anspruch. Dem Ausgeschiedenen wird man hier das Recht zugestehen müssen, den ihm infolgedessen gegen den Übernehmenden zustehenden Regreßanspruch als Konkursgläubiger anzumelden. Schließt der Übernehmende einen Zwangsvergleich, so haftet dem Gläubiger der Ausgeschiedene für den hierbei erlittenen Ausfall. Wegen des auf diesen Ausfall Gezahlten hat er aber keinen Regreßanspruch gegen den Übernehmenden; durch die Zahlung der Akkordquote an den Gläubiger wird der die Passiva übernehmende Gesellschafter vielmehr auch seiner Regreßpflicht ledig.[231]

---

[230] BGB. §§ 208 ff.

[231] Staub § 129 Anm. 18 S. 493; Lehmann § 144 Nr. 6 S. 314.

Anhang.

§ 15.

Die Rückwirkung.

Da die Bestimmung des § 142 erst durch das neue Handelsgesetzbuch eingeführt ist und daher erst seit dem 1. 1. 1900 gilt, ist eine nicht unwesentliche Frage, ob dem § 142 rückwirkende Kraft beizumessen sei, d. h. ob er auch auf solche offene Handelsgesellschaften Anwendung zu finden habe, welche vor dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens gegründet sind, also am 1. 1. 1900 schon bestanden. Soweit das Recht der offenen Handelsgesellschaft überhaupt in Frage kommt, findet auf vor dem 1. 1. 1900 gegründete Gesellschaften das neue Recht ohne weiteres Anwendung, soweit es ausschließlichen Charakter hat, sowie wenn es sich um Vorschriften handelt, welche das Verhältnis Dritten gegenüber zu regeln bestimmt sind. Soweit es sich aber um Vorschriften handelt, welche das Verhältnis nach innen, die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander regeln und nicht aus sonstigen Gründen exklusiv sind, insbesondere wenn die Anwendung des alten Gesetzes gegen den Zweck des neuen oder gegen die guten Sitten verstoßen würde, weichen die Dispositivvorschriften des neuen Rechtes den früheren Vertragsbestimmungen und früheren Dispositivbestimmungen. Denn nach Art. 170 EG. z. BGB. bleiben für ein bestehendes Schuldverhältnis die Bestimmungen des alten Rechts maßgebend. Die offene Handelsgesellschaft gehört aber zu den Schuldverhältnissen.[232]

---

[232] Staub § 105 Anm. 46 S. 421; Lehmann § 105 Nr. 12 S. 224; Makower § 109V S. 293; Goldmann § 105 Anm. 27 S. 471.

Die Vorschriften des § 142 betreffen nun an erster Stelle das Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Ein zwingender Charakter ist ihnen nicht beizumessen, denn man kann nicht sagen, daß für das alte Recht infolge des Fehlens einer Vorschrift über die Berechtigung des unschuldigen Gesellschafters zur Geschäftsübernahme ganz unhaltbare Zustände vorgelegen hätten, deren alsbaldige durchgreifende Beseitigung im dringenden öffentlichen Interesse gelegen habe und namentlich durch die Wahrung der guten Sitten geboten gewesen sei, vielmehr wurde durch Einfügung dieser Bestimmung nur aus privatrechtlichen Rücksichten die Ausfüllung einer Lücke im Gesetz angestrebt, welche mehrfach in Ermanglung besonderer bezüglicher Vertragsabreden zutage getreten war.[233] Die Bestimmung des § 142 ist also als Dispositivvorschrift für das Innenverhältnis anzusehen und ihr daher nach der herrschenden Meinung[234] rückwirkende Kraft nicht zuzusprechen. Habicht,[235] der die entgegengesetzte Meinung vertritt, hat diese ohne jede Begründung gelassen.

Für den Fall, daß die Geschäftsübernahme erfolgt, nachdem infolge Konkurseröffnung über das Vermögen des einen Gesellschafters die Gesellschaft aufgelöst ist, billigt das Reichsgericht der Bestimmung des § 142 Abs. 2 rückwirkende Kraft zu. Nach der Meinung des Reichsgerichts[236] ist die Bestimmung des § 142 Abs. 2, wonach bei Auflösung einer nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft durch den Konkurs des einen Gesellschafters der andere zur Übernahme des Geschäftes ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven berechtigt erklärt wird, nicht nur eine handelsrechtliche; sie ist zugleich eine Bestimmung des materiellen Konkursrechtes, sie ist eine an den Konkurs des einen Gesellschafters geknüpfte Rechtsfolge, die

---

[233] Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 342.

[234] Goldmann § 142 Anm. 19 S. 636; Staub § 142 Anm. 7 S. 537; Lehmann § 142 Nr. 8 S. 309; Annalen Bd. 24 S. 97; Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 342.

[235] Einwirkung § 33 Nr. 2 Anm. 2.

[236] RG. Bd. 65 S. 380 ff.

ebensogut im 1. Buche der Konkursordnung im Anschlusse an § 26 KO. hätte geregelt werden können. Sie wirkt nicht nur im Verhältnis der Gesellschafter untereinander, sie ist auch gegenüber den Gläubigern des in Konkurs geratenen Gesellschafters und gegenüber dem Konkursverwalter wirksam. Es wird weiter ausgeführt, daß durch die in § 142 Abs. 2 normierte Berechtigung des Gesellschafters zur Geschäftsübernahme ein praktisch bedeutsamer, rechts- und wirtschaftspolitischer Gedanke verwirklicht worden sei. Bei der Liquidation oder einer Veräußerung des Geschäftes oder seiner Bestandteile im Wege des Vollstreckungsverfahrens sei das Eintreten schwerer wirtschaftlicher Schädigungen und Verluste erfahrungsgemäß unvermeidlich. Diesen sowohl im allgemeinen volkswirtschaftlichen Interesse als auch im Interesse der Beteiligten beklagenswerten Folgen werde durch die obenerwähnte Bestimmung in geeigneten Fällen vorgebeugt, indem für die Erhaltung des Geschäftes und seine Weiterführung durch den zunächst Beteiligten eine gesetzliche Grundlage geschaffen werde. Warum der Gesetzgeber diese Wohltat auf die nach dem 1. 1. 1900 entstandenen Gesellschaften hätte beschränken sollen, sei nicht einzusehen. Vielmehr müsse angenommen werden, daß die im Gesetz an die hinsichtlich des Vermögens des einen Gesellschafters erfolgte Konkurseröffnung und an die Auflösung der Gesellschaft geknüpfte Rechtsfolge gleichmäßig allen Gesellschaftern zugute kommen solle, für die diese gesetzlichen Voraussetzungen der in § 142 Abs. 2 normierten Berechtigung unter der Herrschaft des neuen Rechtes eingetreten seien.

Diese Meinung des Reichsgerichts geht ohne Zweifel von sehr gesunden praktischen Erwägungen aus, indem sie die für die Einfügung des § 142 überhaupt maßgebend gewesene Tendenz hervorkehrt. Will man sich ihr anschließen, wobei m. E. besondere Bedenken rechtlicher Natur nicht entgegenstehen, so wird man sie auch für den anderen in Abs. 2 des § 142 gedachten Fall der Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters für zutreffend erachten müssen, weil auch hier dieselben praktischen Gesichtspunkte maßgebend sind. Auch in diesem Falle ist der unschuldige Gesellschafter einer vor dem 1. 1. 1900 gegründeten Gesellschaft bei Verneinung der rück-

wirkenden Kraft nicht in der Lage, den Untergang des Geschäftes zu verhindern, da ja auch in diesem Falle die Auflösung der Gesellschaft ipso jure eintritt.

Für den in Abs. 1 geregelten Fall wird man aber unter Zugrundelegung der Meinung des Reichsgerichts und der von ihm geltend gemachten praktischen Gesichtspunkte die Rückwirkung auf Gesellschaften alten Rechts nicht zulassen können.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.